

DIVORCIO CON HIJOS POR MOTIVO DE LESIONES

TRABAJO FIN DE GRADO



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

FACULTAD DE DERECHO

Curso académico

2016/2017

Autora

Ana Domínguez Romay

Tutor

Ricardo P. Ron Latas

ABREVIATURAS	4
ANTECEDENTES DE HECHO	5
I. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe?	7
1. PAREJA DE HECHO	7
1.1. Concepto	7
1.2. Regulación autonómica	8
1.3. Normativa europea	9
2. MATRIMONIO	10
2.1. Concepto	10
2.2. Regulación del Código Civil	10
2.3. Inscripción en el Registro Civil	10
2.4. Validez y acción de nulidad	11
2.4.1. Posible convalidación (art. 48 CC)	11
II. La adopción de Antonio ¿fue válida?	12
1. ADOPCIÓN	12
1.1. Introducción	12
1.2. Requisitos del Código Civil	12
1.3. Irrevocabilidad de la adopción	13
1.3.1. Teoría sobre la nulidad de la adopción	13
1.3.2. Teoría de la adopción como negocio jurídico	14
1.3.2.1. Aplicabilidad de la figura de la inexistencia	14
III. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso,	15
¿Les corresponde a Antonio y a Lucía una pensión de alimentos?	15
1. DIVORCIO	15
1.1. Posibilidad de solicitar el divorcio	15
1.2. Competencia judicial	16
1.2.1. Hipotética acción penal	16
1.3. Procedimiento	17
1.3.1. Medidas provisionalísimas	17
1.3.2. Medidas provisionales	17
1.3.3. Medidas definitivas	18
2. PENSIÓN DE ALIMENTOS	18
2.1. Alimentos debidos a los hijos mayores de edad	19
2.2. Alimentos debidos a los hijos menores de edad	19
2.2.1. Referencia a Antonio	19
2.3. Determinación del régimen de guarda y custodia	20
2.3.1. En el caso de custodia compartida	20
2.3.2. En el caso de custodia exclusiva	21
2.4. Derecho de Antonio a ser oído	22
2.5. Cuantía de la pensión de alimentos	23
IV. ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda?	24
1. USO DE VIVIENDA	24
1.1. Titularidad de la vivienda	24
1.2. Concepto de vivienda familiar	25

1.3. Atribución del uso en caso de falta de acuerdo	25
1.4. Atribución del uso por acuerdo de los cónyuges	28
1.5. Hipotética acción penal	29
V. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?	30
1. DELITO DE MALOS TRATOS	30
1.1. Conducta típica (art. 153 CP)	30
1.2. Requisitos del tipo penal	31
1.3. Penalidad	32
1.3.1. Agravantes	32
1.3.2. Atenuantes	32
1.3.3. Penas accesorias	32
2. DELITO DE LESIONES	33
2.1. Conducta típica (art. 147 CP)	33
2.2. Requisitos del tipo penal	33
A) Resultado lesivo	33
B) Tratamiento médico o quirúrgico	34
C) Dolo	35
D) Nexos de causalidad	36
2.3. Penalidad	36
2.3.1. Agravantes	37
2.3.2. Atenuantes	37
2.3.3. Penas accesorias	37
3. SUBTIPO AGRAVADO DE LESIONES	37
3.1. Conducta típica (art. 148.4º CP)	37
3.1.1. Doctrina del Tribunal Constitucional	38
3.1.2. Doctrina del Tribunal Supremo	39
3.2. Penalidad	39
4. DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR	40
4.1. Conducta típica (art. 173.2 CP)	40
4.2. Requisitos del tipo penal	40
A) Violencia física o psíquica	40
B) Habitualidad	40
4.3. Castigo independiente de las agresiones puntuales	42
4.4. Penalidad	43
4.4.1. Agravantes	43
4.4.2. Atenuantes	43
4.4.3. Penas accesorias	43
5. RESPONSABILIDAD CIVIL	43
6. COMPETENCIA	44
VI. CONCLUSIONES FINALES	44
BIBLIOGRAFÍA	47
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	48
LEGISLACIÓN	51

ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
art.	Artículo
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOIB	Boletín Oficial de Illes Balears
CC	Código Civil
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
disp.	Disposición
DRPE	Decreto mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y gestión
DOUE L	Diario Oficial de la Unión Europea (Legislación)
Ed.	Editorial
Excmo.	Excelentísimo
Fund.	Fundamento
Ilmo	Ilustrísimo
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LMSPiA	Ley (26/2015) de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia
LO	Ley Orgánica
LOMSPiA	Ley Orgánica (8/2015) de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOVG	Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género
LPE	Ley de Parejas Estables
MF	Ministerio Fiscal
núm.	Número
pp.	Páginas
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
ss.	Siguientes
UE	Unión Europea
vid.	Véase

ANTECEDENTES DE HECHO

DIVORCIO CON HIJOS POR MOTIVO DE LESIONES

En el año 2014, Leticia García Ayala era una mujer de 30 años empadronada en la Comunidad Autónoma de Madrid que vivía con su hijo Antonio de 13 años, fruto de una relación prematura en su época adolescente. Desde que el padre de Antonio murió a los pocos años de nacer el niño, Leticia lo ha cuidado sola, sin ningún tipo de ayuda por parte de sus padres o familiares, con los que mantiene nulo contacto desde que abandonó la casa familiar a causa de su embarazo, no aceptado por los padres de ella.

Leticia tenía una situación laboral inestable. Cambiaba con frecuencia de vivienda, todas ellas alquiladas, y trabajaba en diversos empleos temporales como camarera, limpiadora, niñera, etc., compaginándolo con un pequeño blog de moda, su verdadera pasión.

En enero de 2014, Felipe Domínguez García se puso en contacto con Leticia a través de la red social Facebook. Felipe le contó a Leticia que, a pesar de tener solo 26 años por aquel entonces, ya trabajaba en la empresa de tecnología de su padre dedicada al desarrollo y comercialización de tecnología y productos de software. Como hijo de uno de los socios ostentaba un cargo de director adjunto en la empresa, posición laboral que le daba una gran estabilidad económica y que además le permitía viajar por diversos países. A pesar de sus continuos desplazamientos, Felipe le contó a Leticia que estaba empadronado en Palma de Mallorca, donde poseía una gran casa en primera línea de playa, con jardín propio, piscina, tres habitaciones y gimnasio. Le contó también que el verdadero motivo por el que contactaba con ella era porque aseguraba ser su sobrino y que le gustaría conocerla.

Así pues, en uno de sus viajes a Madrid, el 25 de febrero de 2014, Felipe contactó con Leticia y ambos se conocieron. A partir de ahí, la ilusión de Leticia por saber algo de su familia y la insistencia de Felipe, hizo que ambos entablaran una relación que acabó tornando en algo más serio. Posteriormente, constataron que sin lugar a dudas eran parientes, no siendo esto impedimento para estar juntos.

Felipe, conocedor de la inestable situación económica de Leticia, la intentó convencer para que se mudara con él a Palma de Mallorca y así mejorar su relación personal. Leticia, motivada por la situación económica de Felipe y por lo bien que se llevaba con su hijo Antonio, el 15 de junio de 2014 se mudó a Palma de Mallorca, desde donde también podría seguir con su blog de moda que empezaba a despuntar.

Debido a que la relación y la convivencia se encontraban en el mejor momento, Felipe y Leticia decidieron dar un paso más e inscribirse como pareja de hecho para dar mayor seguridad a su relación ante los constantes viajes de Felipe. Así, el 2 de agosto de 2014 se dirigieron al Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca, ya que allí era donde estaba empadronado Felipe y donde la pareja residía por esas fechas.

Siendo ya pareja de hecho, Felipe insiste a Leticia en que no se preocupe por el dinero y la situación laboral, que se olvide del blog ya que él puede mantenerla tanto a ella como a su hijo. Y para ganarse todavía más la confianza de su pareja, Felipe propone adoptar a Antonio. Por ello, el 13 de octubre de 2014 la pareja comienza los trámites para llevar a cabo la adopción.

Desde entonces, la pareja no hace más que mudarse de casa en casa por culpa del trabajo de Felipe. En los últimos meses han tenido varias residencias dentro del territorio español que han llevado a Leticia a abandonar su trabajo y depender de la posición económica de su pareja, el cual cobra actualmente un sueldo aproximado de 5.000€ netos mensuales. Leticia, cansada de esta situación, decide dar un ultimátum a Felipe: o se casan o ella se llevaría a Antonio. Como resultado

de la amenaza de Leticia, el 25 de mayo de 2015 Felipe y ella contraen matrimonio en Barcelona, su última residencia habitual, en el ayuntamiento y ante la alcaldesa.

Una semana antes de la boda, María, la madre de Felipe, viuda recientemente y empadronada en Lugo, se reúne con ellos para hablar sobre el regalo de bodas: una casa en Lugo que se encuentra situada en la avda. de A Coruña nº 10, séptimo piso. El piso está amueblado y cuenta con tres habitaciones, un salón-comedor, dos baños y terraza. Son aproximadamente 135 m². Entre ellos acuerdan que sea Felipe el propietario de la vivienda y María la que se encargue de todos los trámites legales que sean necesarios. Ante este regalo, Felipe y Leticia deciden mudarse a Lugo, ya que la empresa de tecnología en la que trabaja Felipe tiene una sede allí.

Una vez instalados en Lugo, Leticia se dedica al mantenimiento y cuidado de la casa, lo que le lleva a entablar amistad con las vecinas del edificio. Cuando está con ellas siempre presume de lo atento y protector que es su marido, ya que siempre está pendiente de ella y le escribe por WhatsApp todo el rato para saber dónde está, con quién está y a qué hora va a volver a casa. Las vecinas extrañadas le dicen que eso es muy posesivo, pero ella no les hace caso. Cuando llega a casa le cuenta a su marido lo que las vecinas han dicho y él, enfadado, le dice que no sea tonta, que las vecinas le tienen envidia y que no debería andar con ellas.

En julio de 2015 Leticia se queda embarazada. Durante el embarazo, el médico le aconseja reposo, por lo que Felipe tendría que ayudarla con ciertas tareas de la casa. Sin embargo, el fuerte y obstinado carácter de Leticia hace que guardar reposo durante el embarazo y la realización de las tareas domésticas genere varias discusiones acaloradas en la pareja. Además, Leticia, aburrida de estar siempre sola en casa, decide volver esporádicamente a su blog de moda, con el cual gana algún dinerillo para ella. Todo ello sin contárselo a su marido.

Durante las Navidades del 2015, la familia celebra las fiestas en su casa invitando a sus familiares para la cena de Nochevieja. Leticia prepara toda la cena junto a su suegra mientras Felipe se encarga de atender a los invitados y charlar con ellos. En el desarrollo de la cena, la familia no para de alabar lo rico que está todo, sobre todo su cuñada Eva en un intento por alegrarla, ya que su marido como siempre no para de menospreciar su trabajo, porque “es lo menos que tiene que hacer si yo soy el que trabajo”. Esta actitud se repite cada vez que hay una comida familiar. Tras la cena, Leticia recrimina a Felipe su actitud y este, bebido, le promete que no volverá a pasar y que lo perdone.

El 13 de marzo de 2016, María se cae por las escaleras de su casa y se rompe la cadera. El médico le recomienda reposo y rehabilitación. La madre de Felipe llama a su hijo para que la ayude con la rehabilitación y la cuide, como habían acordado tras la donación del piso. Este hecho provoca constantes discusiones en la pareja, ya que Leticia no está dispuesta a ser la niñera de nadie. En una de las discusiones, Felipe le propina un empujón a su mujer diciéndole que es libre de irse, pero que si lo hace no va volver a ver a sus hijos. A la mañana siguiente, Leticia acude al médico preocupada, ya que se encuentra en su último tramo de embarazo. El médico afirma que todo está bien y le receta únicamente unos analgésicos para el dolor.

El hijo mayor de la pareja, de fuerte carácter igual que Leticia, y con una adolescencia difícil, siempre está discutiendo con su madre debido a la constante presión por sacar buenas notas y para que tenga todo recogido. El adolescente no entiende el estrés de su madre, si es su padrastro quien trae el dinero a casa, mientras ella se pasa el día de charla con las vecinas. El carácter de Antonio se endurece todavía más con Leticia tras el nacimiento de la hija del matrimonio, Lucía, el 18 de abril de 2016.

El 16 de junio de 2016 Felipe llega tarde del trabajo y Leticia le recrimina que nunca está en casa y que necesita ayuda, que está harta y no aguanta más. Él, con unas copas de más encima, le propina varios golpes que la tiran al suelo. A consecuencia de estos hechos Leticia tiene un esguince

en el pie derecho, así como fuertes dolores cervicales. Cuando acude al médico, este se lo venda y le receta analgésicos para el dolor además de obligarle a usar un collarín.

CUESTIONES

I. ¿Cómo calificaría la situación legal de Leticia respecto de Felipe?

Leticia y Felipe podrán encontrarse en varias situaciones. Una, unidos por vínculo matrimonial por la celebración de matrimonio civil o religioso entre ambos. Dos, unidos por una “relación análoga al matrimonio” por constituirse como pareja de hecho. Y tres, unidos de una manera fáctica o de hecho, por no haberse constituido correctamente como pareja estable o por no haber sido válido el matrimonio celebrado.

1. PAREJA DE HECHO

1.1. Concepto

Sobre la pareja de hecho no es factible hablar jurídicamente de pareja de hecho “legal” o “ilegal”, sino más bien, si esa pareja de hecho está legalmente inscrita como tal, o no.

En cuanto al concepto de pareja de hecho, tal y como dice el Tribunal Supremo en su **sentencia de 12 septiembre de 2005**¹: a) “[...] *la unión de hecho es una institución que no tiene nada que ver con el matrimonio, aunque las dos estén dentro del derecho de familia. Es más, hoy por hoy, con la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias*”.

Esta doctrina ha sido seguida por otras, especialmente las **STS de 22 febrero de 2006**², **de 19 octubre de 2006**³, y **de 27 de marzo de 2008**⁴.

En la primera de las sentencias el Tribunal argumenta de qué forma se va a regular la separación de una pareja de hecho por decisión unilateral de uno de los miembros: “*las uniones de hecho, uniones estables de parejas o uniones «more uxorio», cuando surge el fenómeno de su extinción por decisión unilateral de uno de sus miembros, las consecuencias económicas del mismo deben ser reguladas en primer lugar por Ley específica; en ausencia de la misma se regirán por el pacto establecido por sus miembros, y, a falta de ello, en último lugar por aplicación de la técnica del enriquecimiento injusto*”. Cuando el Tribunal habla de ley específica, se refiere a hipotética normativa autonómica, ya que no existe regulación estatal sobre esta materia.

En la segunda de las sentencias, cabe destacar la argumentación del Tribunal Supremo sobre la no aplicación por analogía de las normas propias del matrimonio, entre las que se encuentran las relativas al régimen económico matrimonial, lo que no obsta para aplicar las normas reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o patrimonios comunes siempre que exista un pacto expreso o se acuda a la vía de la analogía *iuris* (ante un caso no regulado por el derecho), siempre que se evidencie una voluntad de los convivientes en formar un patrimonio común.

En la tercera y última de las sentencias, fue aplicada la doctrina del Tribunal Supremo que establece que la mera convivencia de hecho no genera ninguna consecuencia económica ni permite presumir

¹ STS de 12 de septiembre de 2005, núm. 611/2005 [RJ 2005\7148], Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

² STS de 22 de febrero de 2006, núm. 160/2006 [RJ 2006\831], Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

³ STS de 19 de octubre de 2006, núm. 1048/2006 [RJ 2006\8976] Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

⁴ STS de 27 de marzo de 2008, núm. 240/2008 [RJ 2008\4062] Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

que exista comunidad de bienes, a no ser que concurra un pacto expreso o unos hechos concluyentes que evidencien de forma inequívoca la voluntad de ambos convivientes de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos. En el supuesto concreto de la sentencia, esto no se probó, el conviviente supérstite se encontraba viviendo en precario en la vivienda titularidad de su pareja ya fallecida, por lo que los herederos de ésta solicitaron su desahucio. Éste finalmente fue concedido por el Tribunal por no haber podido demostrar el conviviente “viudo” su título legítimo sobre la vivienda.

En **STS de 6 de octubre de 2011**⁵ (reiterando la doctrina de STS 611/2005), el Tribunal afirma que *“Debe huirse de la aplicación por “analogía legis” de normas propias del matrimonio como son los arts. 97, 96 y 98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad de acuerdo con ello, esta Sala ha abandonado algunas posturas que la citada STS 611/2005 llama “disímiles”, para acogerse a la no aplicación por analogía a las parejas no casadas, de las normas reguladoras de los efectos del matrimonio y del divorcio”*. En esta resolución, el Tribunal entiende que no se deben aplicar las normas reguladoras de los efectos del matrimonio y del divorcio a las parejas de hecho, por ello, no se podrá alegar por los convivientes demandas de pensiones compensatorias, asignación de uso de vivienda e indemnización por nulidad de matrimonio, sino que deberán ir por la vía del enriquecimiento injusto de no existir ni legislación autonómica que establezca algo al respecto ni pacto expreso entre las partes sobre los efectos de su ruptura.

Toda esta jurisprudencia lleva a la conclusión de que no serán aplicables la mayoría de las instituciones matrimoniales a los casos de pareja de hecho. La pareja de hecho será una unión entre dos personas, del mismo o distinto sexo, la cual se registrará principalmente por un régimen consensual, es decir, de pacto entre las partes, no siendo aplicable un régimen económico matrimonial concreto, como sí sucede con el régimen económico de gananciales a los matrimonios que no hayan dispuesto otra cosa (**art. 1316 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil**)⁶, con las salvedades de lo que dispongan las legislaciones autonómicas.

1.2. Regulación autonómica

Pues bien, como ya se dijo la relación de pareja de hecho es una relación fáctica sobre la cual no existe una regulación estatal. Por ello, es necesario remitirse a las respectivas legislaciones autonómicas que existan. Para el caso que nos ocupa, encontramos la **Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de Illeas Balears**⁷ y el **Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y gestión**⁸.

La LPE de Illeas Balears establece en su **artículo 1º** el requisito de inscripción en el Registro de Parejas Estables con efectos constitutivos, por lo que en tanto no se produzca la inscripción, esta normativa no será aplicable a la pareja. Así lo confirma la sentencia de la **Audiencia Provincial de Islas Baleares de 23 de abril de 2015**⁹ en su fundamento jurídico 2º: *“es siempre precisa la*

⁵ STS de 6 de octubre de 2011, núm. 690/2011 [RJ 2011\6708], Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

⁶ «BOE» núm. 206, de 25 de julio de 1889; en adelante, CC.

⁷ «BOIB» núm. 156, de 19 de diciembre de 2001; en adelante, LPE.

⁸ «BOIB» núm. 108 de 7 septiembre 2002; en adelante, DRPE.

⁹ SAP de Islas Baleares de 23 de abril de 2015, núm. 141/2015 [JUR 2015\131093], Ponente: Illmo. Sr. D Alvaro Latorre López.

inscripción de la pareja en el Registro al que se refiere la Ley 18/2001, de 19 de diciembre para que esta Ley pueda ser aplicada.”

Es preciso puntualizar que la formación de una pareja estable no generará ninguna relación de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro (art. 3 LPE).

En cuanto a los requisitos exigibles para la inscripción como pareja de hecho, estos vienen recogidos en el **artículo 2º**: *“Pueden constituir pareja estable a los efectos de esta Ley los mayores de edad y los menores emancipados. A continuación, el artículo pasa a enumerar los casos donde se excluye la posibilidad de inscribirse como pareja estable/de hecho: “No obstante, no pueden constituir pareja estable:*

- a) Los que estén ligados por vínculos matrimoniales.*
- b) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.*
- c) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.*
- d) Los que formen pareja estable con otra persona, inscrita y formalizada debidamente.”*

“2. Para poder acogerse a esta Ley, como mínimo uno de los dos miembros ha de tener la vecindad civil en las Illes Balears y se exige la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por ésta”.

En este caso, el miembro de la pareja que ostentaría la vecindad civil de Baleares sería Felipe, por lo que, siendo ambos mayores de edad, cabría pensar que se han inscrito correctamente como pareja de hecho. Sin embargo, una de las exclusiones que enumera esta Ley es *“ser parientes colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado”*.

En el supuesto de Felipe y Leticia, no se nos confirma que sean “tío y sobrino”, lo que correspondería a pariente colateral de tercer grado, sino que únicamente se nos dice *“que constataron que sin lugar a duda eran parientes, no siendo esto impedimento para estar juntos”*.

De saber con seguridad que Leticia y Felipe son parientes colaterales de tercer grado, calculado éste según las reglas de los **artículos 915 a 919 del CC**, no habría sido válida la inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Palma de Mallorca.

1.3. Normativa europea

Conviene mencionar el **Reglamento (UE) 2016/1104**¹⁰, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Este Reglamento solo afecta a los Estados que acordaron el mecanismo de cooperación reforzada sobre esta materia, autorizada por la Decisión UE 2016/954¹¹, que son, además de España, Suecia, Bélgica, Francia, Portugal, Italia y Alemania, entre otros. Este Reglamento se aplicará a los efectos patrimoniales de las uniones registradas, entendiéndose por “efectos patrimoniales” el “conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales de los miembros de la unión registrada entre sí y con terceros, como resultado de la relación jurídica creada por el registro de la unión o su disolución” y por “unionen registradas”, el “régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas para su creación.”

¹⁰ DOUE L núm. 183 de 08 de Julio de 2016.

¹¹ DOUE L núm. 159 de 16 de Junio de 2016.

Este concepto de "unión registrada" se define únicamente a efectos del presente Reglamento, pues su contenido real debe seguir regulándose en el Derecho nacional de los Estados miembros¹².

2. MATRIMONIO

2.1. Concepto

El matrimonio se encuentra regulado en el **Título IV** de nuestro Código Civil, estando el régimen económico matrimonial regulado en los **artículos 1315 y siguientes del CC**.

En cuanto al matrimonio, nuestro Código Civil establece en su **artículo 44** que “*El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código.*” Sin embargo, enumera una serie de exclusiones en sus artículos 46 y 47:

“**Artículo 46.** *No pueden contraer matrimonio:*

1º *Los menores de edad no emancipados.*

2º *Los que estén ligados con vínculo matrimonial.*

Artículo 47. *Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:*

1º *Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.*

2º *Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.*

3º *Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.”*

2.2. Regulación del Código Civil

Según nuestro Código civil, cualquier español podrá contraer matrimonio dentro y fuera de España en la forma establecida en el Código, en la forma religiosa legalmente prevista o bien con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración, en caso de matrimonio celebrado en el extranjero (**art. 49 CC**).

Para poder celebrarse el matrimonio, los futuros contrayentes deberán acreditar previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o la dispensa de los mismos (**art. 56 CC**).

La competencia para redactar este acta o expediente corresponde al Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes (Barcelona en el momento de casarse) y será competente para la celebración civil del matrimonio: El Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue, el Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración y el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero (**art. 51 CC**).

2.3. Inscripción en el Registro Civil

El matrimonio produce efectos desde su celebración, sin embargo, para el pleno reconocimiento de los mismos es necesaria su inscripción en el Registro Civil (**art. 61 CC**).

La celebración del matrimonio deberá hacerse constar, bien mediante acta, bien mediante escritura pública firmada siempre por aquél ante quien se celebre, los contrayentes y dos testigos. Extendida el acta o autorizada la escritura pública, se remitirá por el autorizante copia acreditativa de la celebración del matrimonio al Registro Civil competente para su inscripción (**art. 62 CC**).

¹² Vid. *Contenido y novedades del Reglamento (UE) 2016/1104 efectos patrimoniales de las uniones registradas*. <<12/07/2016 16:05:27>> consultado en: www.noticias.juridicas.com

En los casos en que el matrimonio se celebre sin haber tramitado el previo expediente o acta previa, (del art. 56 CC) el Secretario judicial, Notario, o el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil que lo haya celebrado, antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez, mediante la tramitación del acta o expediente oportuno (**art. 65 CC**).

Es decir, la relación de parentesco, y por tanto el impedimento para contraer matrimonio, entre Leticia y Felipe, podría haber sido apreciada tanto antes de la celebración del matrimonio cuando los contrayentes deben acreditar en acta o expediente la ausencia de impedimentos (art. 56 CC), como posteriormente a su celebración cuando se pretenda su inscripción habiendo eludido el trámite previo del artículo 56 (art. 65 CC).

2.4. Validez y acción de nulidad

Sobre si el matrimonio celebrado entre Leticia y Felipe es válido, debemos plantearnos la misma hipótesis que para la pareja de hecho.

En el caso de que Leticia y Felipe sean parientes colaterales de tercer grado, el matrimonio podría ser declarado nulo según lo dicho en el **artículo 73 CC**, que dice textualmente que es nulo, cualquiera que sea su forma de celebración “*el matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48.*” En nuestro caso, el artículo que resultaría de aplicación sería el artículo 47 apartado 2º, el cual se refiere a los “*colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado*”.

Por otra parte, tal como establece el **artículo 74 CC** “*La acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella (..).*” Es por ello que, tal y como afirma SILLERO CROVETTO¹³ “*la existencia de una causa de nulidad provoca la nulidad radical del matrimonio, que tendrá que ser declarada por una sentencia judicial, y hasta tanto, existe una apariencia de matrimonio válido. Sin embargo, el Código permite que algunos matrimonios en los que concurre una causa de nulidad puedan ser convalidados. Convalidación que implica que el matrimonio deviene válido desde su celebración*”. Uno de los casos donde se permite la convalidación una vez celebrado el matrimonio es el caso del matrimonio contraído por parientes colaterales hasta el tercer grado (**art. 48 CC**). Pero aunque no se hubiera producido efectivamente la convalidación del matrimonio, mientras no se inste la nulidad del mismo, éste continuará con apariencia de validez.

2.4.1. Posible convalidación (art. 48 CC)

Con respecto a la convalidación del matrimonio, como ya se apuntó, resulta de aplicación el **artículo 48 CC**, referente a la dispensa facultativa concedida por el Juez. Este artículo nos dice que “*El Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de (...) parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.*”

Todo esto nos lleva a plantearnos dos conclusiones:

- En primer lugar, de confirmarse la relación de parentesco entre Leticia y Felipe, estos no podrían haberse inscrito como pareja de hecho en Illes Balears ni tampoco haber contraído matrimonio legalmente. Sin embargo, estos dos hechos se producen en el transcurso de apenas 1 año, lo que nos lleva a pensar que pudo haberse confirmado la relación de parentesco entre ambos pero no necesariamente la relación de parentesco colateral de tercer grado, sino más bien, de un

¹³ SILLERO CROVETTO, B.: *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Ed. Juruá, Lisboa, 2014, pp. 39-40.

grado más alejado, lo que les habría permitido realizar estas dos uniones, primero de hecho y después matrimonial, de manera totalmente legal.

- Y, en segundo lugar, nos lleva a plantearnos si, al ser el grado de parentesco entre dos personas un dato fácilmente apreciable a partir de la documentación preceptiva que se debe presentar a la hora de iniciarse un expediente matrimonial, podríamos suponer que se ha producido la dispensa judicial a la que se refiere el artículo 48 y que tendría cabida en este supuesto. Además, debemos tener en cuenta que esta dispensa puede producirse una vez celebrado ya el matrimonio.

Todo ello sin olvidarnos de que, a pesar de la posible causa de nulidad que podría ser instada por cualquier de los sujetos legitimados para ello (art. 74 CC), el matrimonio continúa con apariencia de validez hasta que no sea decretada judicialmente su nulidad, por ello, éste seguirá produciendo efectos entre ambos cónyuges y respecto a terceros.

II. La adopción de Antonio ¿fue válida?

1. ADOPCIÓN

1.1. Introducción

Debemos recordar que los trámites de adopción de Antonio se inician cuando Felipe y Leticia están constituidos como pareja de hecho.

En cuanto a la unión como pareja de hecho entre Felipe y Leticia, tiene relevancia en cuanto al requisito enunciado en el **artículo 176** del Código Civil, cuando se dice que “*para iniciar el expediente de adopción será necesaria la propuesta previa de la Entidad Pública a favor del adoptante o adoptantes*” salvo que se produzca en el adoptado la circunstancia, entre otras, de: “*2.ª Ser hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal.*” Es decir, Felipe quedaría exento del requisito de superación de la propuesta previa efectuada por la Entidad Pública correspondiente.

Y además, también es relevante la relación entre Felipe y Leticia para la no extinción de los vínculos jurídicos entre adoptado y familia de origen. Y es que el **artículo 178 CC** enuncia en su apartado 1º que “*La adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen.*” Sin embargo, existen dos excepciones, la cual una de ellas es “*Cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido.*”

1.2. Requisitos del Código Civil

Para comenzar, sobre los requisitos para darse la adopción, el **artículo 175 CC** dispone que “*la adopción requiere que el adoptante sea mayor de veinticinco años (...) En todo caso, la diferencia de edad entre adoptante y adoptando será de, al menos, dieciséis años y no podrá ser superior a cuarenta y cinco años, salvo en los casos previstos en el artículo 176.2 CC*”.

Tras la reforma efectuada por la **Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia**¹⁴, el artículo 175 del Código Civil exige una edad mínima entre adoptante y adoptado de 16 años, frente a los 14 años que exigía anteriormente. Pero esta ley entra en vigor el 18 de agosto de 2015, casi un año después de comenzar los trámites de adopción de Antonio.

En nuestro caso, los trámites para la adopción se inician en octubre de 2014, por lo que se debe tener en cuenta la diferencia de edad entre adoptante y adoptado de 14 años. Esto es así, porque así lo establece la **disposición transitoria primera** de la citada ley, cuando nos dice que “*los procedimientos y expedientes judiciales iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley*

¹⁴ «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015; en adelante, LMSPIA.

y que se encontraren en tramitación se continuarán tramitando conforme a la legislación procesal vigente en el momento del inicio del procedimiento o expediente judicial.”

En el año 2014 Antonio tenía 13 años y Felipe 26, por lo que se llevan únicamente 13 años, insuficientes en todo caso para la validez de la adopción. A modo de ejemplo, citar la **sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 febrero de 2001**¹⁵, cuando dice que: “*es inexcusable que concurra «el requisito de la diferencia mínima de edad entre adoptado y adoptante conforme previenen los artículos citados; (art. 175.1 del CC) que “en todo caso” exigen tal diferencia de edad”*”.

Esto nos lleva a la conclusión de que la adopción de Antonio por parte de Felipe no sería válida, en el sentido de que nunca se habría llegado a tramitar el expediente por parte de la autoridad judicial competente al no cumplirse los requisitos personales exigidos por la ley.

1.3. Irrevocabilidad de la adopción

Aunque la adopción no haya sido válida, se debe tener en cuenta el **artículo 180** del Código Civil, el cual establece la irrevocabilidad de las adopciones salvo una excepción: cuando cualquiera de los progenitores, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente y soliciten así su extinción dentro de los dos años siguientes a la adopción. Todo ello, velando siempre por el mayor interés del menor.

Artículo 180

“1. La adopción es irrevocable.

2. El Juez acordará la extinción de la adopción a petición de cualquiera de los progenitores que, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente en los términos expresados en el artículo 177. Será también necesario que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a la adopción y que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.”

Sobre la revocación se refiere el **Auto de 13 de octubre de 2004 de la Audiencia Provincial de Barcelona**¹⁶, (Sección 14ª) “*Basta la lectura del artículo 180 del Código Civil (LEG 1889, 27) para concluir que esta norma es de carácter personalísimo por lo tanto indisponible para terceros ajenos a este vínculo familiar. Sólo confiere legitimación a los padre biológicos, el propio adoptado y el Ministerio Fiscal, y bajo los criterios restrictivos que en el propio apartado 2º del citado artículo establece. En otro caso es irrevocable.”*

El apartado 2º del artículo 180 CC es el único supuesto que recoge nuestro Código para poder revocar una adopción. Esto sumado al principio “favor filli”, es decir, el principio del mayor interés del menor por encima de cualquier otro derecho legítimo con el que entre en conflicto, lleva a la conclusión de que la adopción vendría irrevocable.

1.3.1. Teoría sobre la nulidad de la adopción

Existe cierta jurisprudencia que considera aplicable la figura de la nulidad a la adopción, concretamente, en un supuesto como el que se nos presenta de falta de edad suficiente entre adoptante y adoptado. A ello se refiere la sentencia ya mencionada, de la **AP de Barcelona de 14 febrero de 2001**: “*tampoco puede admitir el Fundamento Tercero que lo funda en la irrevocabilidad de la adopción, pues la acción ejercitada se funda en causa de pedir diferente cuál es la acción de «nulidad»; nulidad que cae de lleno en el precepto del art. 6.3 del Código Civil*

¹⁵ SAP de Barcelona Sentencia de 14 febrero de 2001, [AC\2002\405], Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales.

¹⁶ Auto AP de Barcelona de 13 de octubre de 2004, núm. 149/2004 [JUR 2004\303486], Ponente: Illma. Sra. Marta Font Marquina.

como nulidad «in radice», no convalidable ni subsanable, conforme al aforismo «in vitiosum ab initio non potest. convallescere », ya que aunque se tratase de una adopción de personas mayores, hijas del cónyuge del adoptante, que releva de la propuesta previa de entidad pública, y demás trámites de audiencia de los progenitores, (..) es inexcusable que concurra «el requisito de la diferencia mínima de edad entre adoptado y adoptante conforme previenen los artículos citados; (art. 175.1 del CC) que “en todo caso” exigen tal diferencia de edad; (...) lo que al no suceder lleva a revocar la sentencia apelada y declarar nula la adopción con los consiguientes efectos de anotación en el Registro».

Aquí el órgano judicial aplica la figura de la nulidad del **artículo 6.3 CC** (“*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*”) a la adopción, teniendo en cuenta que no se ha respetado el requisito legal de diferencia de edad entre adoptante y adoptado.

1.3.2. Teoría de la adopción como negocio jurídico

Por último, existe otra teoría apoyada por una pequeña parte de la doctrina como son por ejemplo, ALBÁCAR y MARTÍN GRANIZO¹⁷. Ambos hacen un estudio pormenorizado sobre el **artículo 180 del Código Civil**.

Estos autores sostienen que el artículo 180 del Código Civil, en sus apartados 1º y 2º, entremezcla dos conceptos no iguales: la revocación (**apartado 1º**) y la extinción (**apartado 2º**). Afirman que son dos conceptos totalmente distintos, apoyándose en dos ejemplos. Uno es que en el caso de muerte del adoptante, se produce una extinción pero no una revocación de la adopción, y el otro es que en el supuesto del ordinal 2, se produce directamente una revocación pero indirectamente una extinción de la adopción.

Cuando ambos autores hablan de la revocación de la adopción, se refieren a que siendo la adopción un negocio jurídico del Derecho de familia, y siendo la revocación un acto extintivo producido por la voluntad de una o ambas partes, desde un punto de vista estrictamente doctrinal, la revocación de la adopción sería perfectamente posible. Sin embargo, esto no deja de ser una posibilidad meramente doctrinal, en cuanto la clara dicción del párrafo primero del artículo sanciona la “irrevocabilidad de la adopción”.

1.3.2.1. Aplicabilidad de la figura de la inexistencia

Cuando ambos autores se refieren a la extinción, referida ésta en los apartados segundo y tercero del **artículo 180 CC**, insisten en que por muy especiales que sean los negocios jurídicos pertenecientes al Derecho de Familia, parece lógico que en términos generales la adopción venga sometida igualmente a las causas o motivos de ineficacia e invalidez que afectan a todo negocio jurídico. Dichas causas pueden ser desde la inexistencia hasta la rescisión, sin olvidar la nulidad radical, la relativa o la anulabilidad.

En el caso que nos ocupa, los autores creen que es aplicable la figura de la inexistencia del negocio jurídico, en tanto que falta uno de los requisitos esenciales del negocio, referente a un elemento subjetivo como es la falta de diferencia de 14 años de edad entre adoptante y adoptado. Por lo que, en su opinión, la adopción se podría declarar como inexistente, teniendo como consecuencias que la adopción en sí nunca produciría efectos y tampoco sería posible la subsanación de sus defectos como sí sucede en ciertos casos de nulidad.

¹⁷ ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y MARTÍN GRANIZO, M.: *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Ed. Trivium S.A, 1991, Madrid, pp.1112-1116.

En contraposición con estos dos autores, otros como LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA¹⁸ entienden que respecto a la adopción, considerada como un acto de naturaleza procesal, no son aplicables las categorías de ineficacia de los negocios jurídicos.

III. ¿Puede Leticia solicitar el divorcio? Y en su caso,

¿Les corresponde a Antonio y a Lucía una pensión de alimentos?

1. DIVORCIO

1.1. Posibilidad de solicitar el divorcio

Sí, Leticia podrá solicitar el divorcio en virtud del artículo 86 del Código Civil, el cual nos remitirá a los requisitos del artículo 81 CC.

El **artículo 86 CC** establece que *“Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.”*

Aunque el **artículo 81 CC** se refiera a la separación, son aplicables los mismos requisitos para el divorcio. En concreto, debemos tener en cuenta el apartado 2º de dicho artículo, el cual dispone que se decretará judicialmente la separación (divorcio, en este caso) *“A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.”*

Es decir, tanto si la petición de divorcio se hace de forma conjunta o por parte de uno de los cónyuges con el consentimiento de otro, o únicamente por parte de uno solo, el plazo mínimo que debe haber transcurrido tras la celebración del matrimonio es de tres meses. Sin embargo, el apartado 2º de este artículo permite saltarse esta exigencia si existiera un riesgo para la vida, integridad física, libertad, etc. de uno de los cónyuges, hijos o cualquier miembro del matrimonio. En el caso de Felipe y Leticia no existe tal problema, ya que el matrimonio se celebra el 25 de mayo de 2015 y el caso se nos plantea ya ahora, en 2017, por lo tanto, se cumple el requisito de los tres meses de matrimonio y no sería necesario demostrar el riesgo para la vida o integridad física y moral.

Cabe plantearse si es posible la petición de divorcio cuando aparentemente, el matrimonio se celebró existiendo el impedimento del **artículo 47.2 CC** y no obteniendo la dispensa del **art. 48 CC**. Sin embargo, tal como ya he dicho anteriormente, y en atención a lo afirmado por la autora SILLERO CROVETTO¹⁹, la nulidad deberá ser declarada por sentencia judicial, y hasta tanto, existirá una apariencia de matrimonio válido, siendo posible en todo caso, la convalidación posterior del matrimonio con efectos retroactivos.

Por lo tanto, debemos sacar dos conclusiones. Una, que en el caso que nos ocupa podría producirse una dispensa posterior, mientras que ninguno de los cónyuges haya solicitado la nulidad, por lo que el matrimonio sería completamente válido con efectos retroactivos y podría solicitarse el divorcio posteriormente por cualquiera de ellos. Y dos, que mientras no se declare judicialmente la nulidad por parte de ningún legitimado — Ministerio Fiscal, cónyuges y terceros con interés directo y

¹⁸ SERRANO GARCÍA, I.: *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), Tomo I, Ed: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 597-599.

¹⁹ SILLERO CROVETTO, B.: *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, op. cit., pp.39-40.

legítimo (**art. 74 CC**) —, el matrimonio tendrá la apariencia de válido y en consecuencia, podrán aplicársele las figuras referentes al matrimonio entre las que se encuentra la disolución del mismo por divorcio (**art. 86 CC**).

1.2. Competencia judicial

Leticia podrá presentar la demanda de divorcio en el Juzgado de Primera Instancia de Lugo, en virtud del **artículo 769 de Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil**²⁰, por estar en Lugo el domicilio conyugal, y el proceso se sustanciará por los trámites del juicio verbal en virtud del **artículo 770 LEC**. Siempre y cuando no presente la demanda de divorcio de mutuo acuerdo con Felipe o bien, con el consentimiento de éste, ya que en este caso se sustanciaría por el trámite recogido en el artículo 777 LEC (además, **arts. 90 y 87 del Código Civil**).

Por otra parte, podría darse la posibilidad de presentar una reconvencción a instancias de Felipe, en virtud del **artículo 770 2º letra a) LEC** por darse una posible causa de nulidad matrimonial: “*2ª La reconvencción se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispondrá de 10 días para contestarla.*”

Sólo se admitirá la reconvencción: a) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.”

Para solicitar la nulidad matrimonial Felipe podría alegar por un lado, la relación de parentesco colateral de 3º grado con Leticia (**art.73.2º CC**) o incluso, por otro lado, la posible coacción a la hora de celebrar el matrimonio por haberle dicho Leticia que “o se casan o ella se llevaría a Antonio” (nulidad por coacción del **artículo 73.5º CC**). En el caso de solicitar Felipe la nulidad matrimonial por el primero de los motivos, no podrá concederse ya la dispensa del artículo 48 CC que permite convalidar un matrimonio con posterioridad a su celebración. Y, en el caso de solicitar la nulidad por la posible coacción a la hora de prestar su consentimiento, esta acción “*Caduca y se convalida el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo.*” (**Art. 76 CC**). Por lo que, si entendemos que ha cesado esa posible coacción por parte de Leticia, al haber convivido más de 1 año tras el matrimonio, Felipe no podría presentar demanda de nulidad, pudiendo limitarse únicamente a contestar a la demanda de divorcio.

1.2.1. Hipotética acción penal

Sin embargo, todo cambiaría si Leticia denunciara unos presuntos malos tratos. Y es que en este caso, entraría en juego el **art. 87 ter apartado 2 a) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial**²¹ adicionado éste por el **artículo 44 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género**²², por lo que pasarían a ser competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

En caso de presentar demanda de divorcio en los juzgados de Primera Instancia y posteriormente presentar demanda por presuntos malos tratos, entrarían en juego los artículos **49 bis de la LEC** y el **artículo 57** de la LOVG.

Por este artículo de la LEC (transcrito por el artículo 57 de la LOVG), los juzgados de 1ª instancia perderían su competencia en favor de los Juzgados especializados de Violencia sobre la Mujer, por la iniciación de un proceso penal paralelo o una orden de protección. “*Cuando un Juez, que esté conociendo en primera instancia de un procedimiento civil, tuviese noticia de la comisión de un acto de violencia de los definidos en el artículo 1 de la Ley Orgánica de Medidas de Protección*

²⁰ «BOE» núm. 7, de 08/01/2000; en adelante, LEC.

²¹ «BOE» núm. 157, de 02/07/1985; en adelante, LOPI.

²² «BOE» núm. 313, de 29/12/2004; en adelante, LOVG.

Integral contra la Violencia de Género, que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, tras verificar la concurrencia de los requisitos previstos en el párrafo tercero del artículo 87 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inhibirse, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al Juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente, salvo que se haya iniciado la fase del juicio oral.”

1.3. Procedimiento

Centrándonos ya en el procedimiento de divorcio, este se regirá por los trámites del **artículo 770 LEC**. El procedimiento comienza con una fase preliminar, la cual permite solicitar una serie de medidas previas, más conocidas como medidas provisionalísimas, recogidas en los **artículos 104 CC y 771 LEC**.

1.3.1. Medidas provisionalísimas

Estas medidas provisionalísimas (art. 104 CC) no son otras que las medidas provisionales, sin embargo, en esta fase preliminar no se aplicarán “por ministerio de la Ley”, es decir, automáticamente por el juez las contenidas en el artículo 102 CC, sino que el juez elegirá de entre los artículos 102 y 103 CC aquellas que considere más urgentes para el caso que se le presenta. Hay que decir que tal como establecen ambos artículos, los efectos y medidas que se adopten “*solo subsistirán si dentro de los treinta días siguientes a contar desde el momento en que fueron adoptados se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente*” (art. 104 CC).

1.3.2. Medidas provisionales

Una vez presentada la demanda de divorcio, entran en juego las llamadas medidas provisionales, recogidas en los artículos 102 y 103 CC y reguladas por el procedimiento contemplado en el artículo 773 LEC. Éstas deben su denominación a que tendrán una eficacia temporal, y es que tendrán vigencia hasta que se adopten las medidas definitivas en la sentencia de divorcio.

- El **artículo 102 CC**, como ya he dicho, son efectos que se producen automáticamente sin necesidad de ser solicitados por las partes. Estas consecuencias o efectos son básicamente: posibilidad de vida independiente, revocación automática de los consentimientos y poderes de representación y el cese de la posibilidad de vinculación de los bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. Además, tal como establece el último inciso de este artículo “*A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil.*” Y es que hasta que no se produzca esta anotación, los terceros no se verán afectados por las medidas provisionales adoptadas en virtud de los artículos 102 y 103 CC.
- El **artículo 103 CC** contiene aquellas medidas que podrán solicitar los cónyuges y que el juez adoptará cuando no exista acuerdo entre ambos. Estas medidas no difieren mucho en su contenido de las que después serán medidas definitivas (art. 90 CC cuando es divorcio de mutuo acuerdo y art. 91 CC cuando no lo es y por tanto se aplican los artículos 92 y ss. del Código Civil), salvo dos excepciones: no cabe pronunciamiento sobre la pensión compensatoria (art. 90.1.f. CC en divorcio de mutuo acuerdo y art. 97 CC en divorcio contencioso), y como la demanda no extingue el régimen económico matrimonial, el cual suponemos en nuestro caso que será el régimen económico de gananciales al no nombrarse ningún tipo de capitulaciones matrimoniales, habrá de dictarse por parte del juez medidas sobre los bienes que forman parte del patrimonio de Felipe y Leticia para su conservación y correcto rendimiento. Pues bien, estas medidas son básicamente:
 - Medidas respecto a los hijos sujetos a la patria potestad, en relación a su guardia y custodia.

- Medidas respecto al uso de la vivienda y al ajuar doméstico. Se tomarán una serie de medidas cautelares, de ser necesario, para garantizar el uso y disfrute de la vivienda por el cónyuge más necesitado de protección.
- Medidas sobre la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio. Se considerará en todo caso, contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.
- Y, medidas sobre el régimen económico del matrimonio. Se hará un inventario sobre los bienes gananciales o comunes del matrimonio y se entregarán a uno u otro cónyuge con una serie de reglas que deberán observar en orden a su administración y disposición. Además, en cuanto a los bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio, se determinará su régimen de administración y disposición. En el caso de la vivienda familiar donada por María, madre de Felipe, a éste, cuando no estaba casado todavía y estaba en régimen de pareja de hecho, deberá pronunciarse especialmente el juez sobre la administración y disposición de la vivienda, ya que se considera un bien privativo al no extenderse el régimen económico de gananciales a las parejas de hecho.

1.3.3. Medidas definitivas

Una vez terminado el proceso y dictada sentencia por el juez, el **artículo 106 CC** establece que *“Los efectos y medidas previstos en este capítulo (medidas provisionales) terminan, en todo caso, cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo.”* Por tanto, las medidas definitivas entrarán en juego cuando la sentencia de divorcio sea firme. Las medidas definitivas se adoptarán por el procedimiento regulado en el **artículo 774 LEC**, y podrán proceder tanto de un acuerdo entre los cónyuges mediante un convenio regulador (**arts. 87 y 90 CC**), como de la sentencia dictada por el Juez en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo (**art. 91** con aplicación de los **artículos 92 y ss.**). Tal como dispone el **art.774.4 LEC**: *“El tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.”*

Aquí la intervención del juez tiene un carácter subsidiario, ya que las medidas se adoptarán en defecto de acuerdo de los cónyuges, y el contenido de las mismas coincide de forma sustancial con el propio contenido del convenio regulador. Por lo que estas medidas definitivas solo se dictarán cuando estemos ante un divorcio contencioso o cuando habiendo presentado convenio regulador por los cónyuges, éste en su totalidad o en parte, no sea aprobado por el juez.

En esta fase del procedimiento, podrán confirmarse, revocarse o modificarse las medidas ya adoptadas anteriormente como provisionales. Uno de los aspectos sobre los que se pronunciarán estas medidas definitivas es sobre el régimen de guardia y custodia de los hijos sujetos a patria potestad (**arts. 92, 93 y 94 CC** en divorcio contencioso, **art. 90** en divorcio de mutuo acuerdo). Y sobre todo, ya sea por convenio regulador o por sentencia judicial, los hijos menores e incluso los mayores de edad que carezcan de ingresos propios y residan en el domicilio familiar (**art. 93 CC**) tendrán derecho a que se les conceda a su favor una pensión de alimentos.

2. PENSIÓN DE ALIMENTOS

El **artículo 92** del Código Civil establece: *“La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.”* Lo que nos lleva a afirmar que Antonio y Lucía tienen derecho a ser perceptores de una pensión de alimentos.

2.1. Alimentos debidos a los hijos mayores de edad

Los hijos mayores de edad o emancipados que convivieran en el domicilio familiar y carecieran de ingresos propios, también tendrán derecho a una prestación de alimentos, la cual se determinará por el Juez conforme a los **artículos 142 y siguientes** del Código Civil (**art. 93 párrafo 2º CC**). Sin embargo, en el supuesto que se presenta tanto Antonio como Lucía son menores de edad.

2.2. Alimentos debidos a los hijos menores de edad

Según establece el **artículo 91 CC**, a falta de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el Juez decidirá en relación a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio y la liquidación del régimen económico. En el caso de existir acuerdo entre los cónyuges y por tanto, presentar un convenio regulador, tal como dispone el **artículo 90 d)**, éste deberá contener una referencia sobre “*d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso*”. Es decir, en todo caso, deberá quedar determinado el derecho a la prestación de alimentos en favor de los hijos, tanto si estamos ante un divorcio contencioso como ante un divorcio de mutuo acuerdo.

Mientras el matrimonio sigue vigente, la obligación de alimentar a los hijos se considerada como una “carga del matrimonio”²³, sin embargo, en los supuestos de divorcio ha de especificarse en qué cuantía ha de contribuir cada progenitor en los alimentos de los hijos menores. Por ello, el **artículo 93 CC** sostiene que “*El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos*”. Y, tal como afirma CRUZ GALLARDO²⁴, la contribución a los alimentos en favor de los hijos menores de edad no tiene por qué ser solicitada expresamente por uno o ambos progenitores, sino que el propio Código Civil la concede de oficio a través de la figura del Juez.

2.2.1. Referencia a Antonio

La obligación de los padres de prestar alimentos, en su sentido amplio, en favor de los hijos está clara. Sin embargo, ahora surge la incógnita de si persiste respecto a Antonio este deber por parte de Felipe en caso de darse finalmente la extinción/revocación de la adopción.

Si nos guiamos por la opinión minoritaria de cierta jurisprudencia (la sentencia ya indicada de la **Audiencia Provincial de Barcelona de 14 febrero de 2001**) y cierta doctrina formada por autores como ALBÁCAR Y MARTÍN GRANIZO²⁵, la adopción de Antonio se declararía nula o inexistente, de manera que cesaría la obligación por parte de Felipe de prestar alimentos. Sin embargo, si seguimos la doctrina mayoritaria, contraria a la aplicación de las figuras de ineficacia de los negocios jurídicos a la adopción, la adopción de Antonio, aún habiendo incumplido un requisito subjetivo referente a la diferencia de edad entre el adoptante y el adoptando, sería ya irrevocable, por no encajar dentro del único supuesto contemplado por la norma en su **artículo 180 CC**.

Por ello, tanto Antonio como Lucía, en virtud de los artículos del Código Civil ya mencionados e incluso del **artículo 39.3 de la Constitución Española**²⁶, tienen derecho a recibir alimentos por parte de sus progenitores.

²³ SILLERO CROVETTO, B.: *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, op.cit., p.127.

²⁴ CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Ed. La Ley, Madrid, 2012, p. 335.

²⁵ ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y MARTÍN GRANIZO, M.: *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, op.cit., pp. 1112-1116.

²⁶ «BOE» núm. 311, de 29 de diciembre de 1978..

2.3. Determinación del régimen de guarda y custodia

La cuantía de la prestación de alimentos a los hijos menores de edad dependerá del sistema de guarda y custodia de los hijos. Ya que no será lo mismo cuando exista guarda y custodia exclusiva en favor de uno de los cónyuges que cuando ésta sea compartida. Cabe examinar entonces, qué tipo de régimen de guarda y custodia podría ser el más adecuado, reflexionando luego sobre la cuantía de la pensión de alimentos que les correspondería a Antonio y a Lucía.

2.3.1. En el caso de custodia compartida

De entrada, para que se pudiera conceder la custodia compartida deberían de cumplirse los requisitos del **artículo 92.5 CC** además de algunos de los criterios fijados por parte del Tribunal Supremo en la **sentencia de 29 de abril de 2013**²⁷. El Fundamento de Derecho 4º de este pronunciamiento establece la doctrina de cómo se debe interpretar el **artículo 92 CC** en sus apartados 5, 6 y 7, en relación a la aplicación de la custodia compartida, y es que la interpretación de los mismos *“debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven.”* Además, añade el carácter no excepcional de la custodia compartida: *“Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea.”*. Con relación a esto, la **sentencia de 19 de julio de 2013**²⁸ precisa que: *“se prima el interés del menor y este interés, que ni el artículo 92 del Código Civil, ni el artículo 9 de la Ley Orgánica (...) de Protección Jurídica del Menor, define ni determina, exige sin duda un compromiso mayor y una colaboración de sus progenitores tendente a que este tipo de situaciones se resuelvan en un marco de normalidad familiar (...)”*. Lo que se pretende es aproximar este régimen al modelo de convivencia existente antes de la ruptura matrimonial y garantizar al tiempo a sus padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la potestad o responsabilidad parental y de participar en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de sus hijos, lo que parece también lo más beneficioso para ellos (**STS de 2 julio de 2014**)²⁹.

La sentencia del **Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2017**³⁰, establece que *“Incluso el interés del menor debe prevalecer sobre el principio de igualdad de derechos entre los progenitores y así lo viene a decir la sentencia de esta sala de 27 de septiembre de 2011 que se expresa en los siguientes términos: «La guarda compartida está establecida en interés del menor, no de los progenitores. La norma que admite la guarda y custodia compartida no está pensada para proteger el principio de igualdad entre ambos progenitores, porque la única finalidad que persigue es que se haga efectiva la mejor forma de procurar la protección del interés del menor, exigencia constitucional establecida en el art. 39.2 CE , (...) El régimen de esta asistencia siempre deberá tener en cuenta*

²⁷ STS de 29 de abril de 2013, núm. 257/2013 [RJ\2013\3269], Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana.

²⁸ STS de 19 de julio de 2013, núm. 495/2013 [RJ 2013\5002], Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

²⁹ STS de 2 de julio de 2014, núm. 368/2014 [RJ\2014\4250], Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana.

³⁰ STS de 7 de marzo de 2017, núm. 155/2017 [RJ\2017\705], Ponente: Excmo Sr. Antonio Salas Cancellor.

estos criterios, porque en cada uno de los casos lo que debe decidir el juez es cuál será el mejor régimen de protección del hijo, según sus circunstancias y las de sus progenitores”.

Se reitera por tanto, el mayor interés del menor como principio rector para el establecimiento de custodia compartida. De manera que, para el caso de Felipe y Leticia, debido a la situación de hostilidad y presuntos malos tratos en el ámbito familiar, no parece muy conveniente la aplicación de este régimen al no existir ese respeto mutuo en sus relaciones personales que exige la doctrina asentada por el Tribunal Supremo.

Además, el **artículo 92. 7 CC** impediría la guarda conjunta *“cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica”*. Sobre ello se pronuncia la sentencia del **Tribunal Supremo de 17 enero de 2017**³¹, citando también la sentencia de **12 de abril de 2016**³², cuando falla de la siguiente manera: *“A la vista de esta doctrina (la fijada por la sentencia ya mencionada del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2013), debemos declarar que la condena del esposo por amenazar a su pareja y a la familia de ésta y la prohibición de comunicación, impiden la adopción del sistema de custodia compartida, dado que el mismo requiere una relación razonable que permita el intercambio de información y un razonable consenso en beneficio de los menores, que aquí brilla por su ausencia, por lo que procede desestimar el recurso de casación.”*

En este proceso se ha fallado en contra de la aplicación de la custodia compartida por existir condena penal contra el esposo por amenazas. En el caso de Felipe y Leticia, como veremos, se dan otros tipos penales entre los que se encuentran las lesiones, por lo que no parece conveniente la aplicación de la custodia compartida, además de impedirlo el **artículo 92.7 CC**. Por otra parte, el **artículo 65** de la LOVG, modificado por la disposición final 3ª de la **Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia**³³, habla sobre la posibilidad de suspensión del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. De no acordarse la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad y en su caso, la guarda y custodia, adoptando siempre las medidas de seguridad y protección necesarias respecto de los menores y de la mujer.

El **artículo 66**, también aplicable al caso, se refiere a la posibilidad de suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. De no decretarse la suspensión, el juez en todo caso deberá manifestarse sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación respecto de los menores, así como las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer.

Es por todo ello que cabe plantear la guarda y custodia exclusiva por parte de uno de los cónyuges, lo que determinaría la obligación del cónyuge no custodio de prestar alimentos a los hijos menores de edad, Antonio y Lucía.

2.3.2. En el caso de custodia exclusiva

Debido a la dedicación de Leticia casi en exclusiva desde que nació Lucía, y obviamente, desde que nació Antonio, su mayor disponibilidad debido a que carece de trabajo y la profesión de Felipe, que

³¹ STS de 17 de enero de 2017, núm. 23/2017 [RJ 2017\352], Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

³² STS de 12 de abril de 2016, núm. 242/2016 [RJ 2016\1336], Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

³³ «BOE» núm. 175, de 23 de julio de 2015; en adelante, LOMSPIA.

por tiempo y lugar dificulta la atención a sus hijos, parece que la guarda y custodia de los menores debería atribuírsele a Leticia. Precisamente, la sentencia del **Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2016**³⁴, fundamenta la denegación de una custodia compartida de la siguiente manera: *“Sucedee en este caso que es la madre quien se dedicó prácticamente en exclusiva al cuidado de la niña desde su nacimiento hasta el momento actual y que por tal motivo solicitó una reducción de la jornada laboral como maestra para tener más disponibilidad de tiempo para el cuidado y atención de la menor; sin que se le pueda efectuar reproche de ningún tipo en cuanto a las labores de cuidado, atención y correcto ejercicio de las funciones parentales”*.

En el caso de Leticia y Felipe, es ella quien se ha encargado desde el comienzo de la relación de los cuidados de la casa y de la familia, cuidando incluso a su suegra cuando ésta se lesionó la cadera, y dejando su trabajo para dedicarse plenamente a las labores domésticas y posteriormente, del cuidado de la recién nacida, Lucía. Por el contrario, Felipe con su posición de director adjunto en una empresa familiar especializada en tecnología y productos de software, cuenta con una gran estabilidad económica pero no así en lo que se refiere a la residencia, y es que debido a su puesto directivo, esto le lleva a tener que hacer continuos viajes, con sus respectivos cambios de domicilio, y a llegar a tener varias residencias dentro del territorio español en los meses anteriores al matrimonio, lo que hizo que Leticia tuviera que abandonar su trabajo.

Esta resolución fundamenta también su decisión en la lejanía del domicilio del progenitor, así como en su jornada laboral, demasiado extensa y con un sistema de turnos. El fundamento es aplicable también para el supuesto de Leticia y Felipe, y es que la posición laboral de éste, como es obvio, ocupa gran parte de su tiempo impidiéndole ejercer la guarda y custodia compartida, además de sus constantes cambios de domicilio lo cual perturbaría *“el interés de la menor (en este caso, menores) que es lo que, en definitiva, fundamenta la medida, pues se le coloca en una situación de verdadera incertidumbre sobre su cuidado y escolarización”*.

En consecuencia, y como ya se anotó, parece que lo más lógico sería el conceder la guarda y custodia de ambos menores a la madre, Leticia, y conceder un régimen de visitas en favor de Felipe así como el deber de prestación de alimentos.

Como bien ha establecido el Tribunal Supremo en sentencia de **11 de febrero de 2016**³⁵ aunque se hubiera concedido la custodia compartida: *“la custodia compartida no exime del pago de alimentos, cuando exista desproporción entre los ingresos de ambos cónyuges, o como en este caso, cuando la progenitora no percibe salario o rendimiento alguno (art. 146 C. Civil), ya que la cuantía de los alimentos será proporcional a las necesidades del que los recibe, pero también al caudal o medios de quien los da”*. Es por ello que aunque se optara por este sistema de guarda y custodia, los progenitores vendrían obligados a prestar alimentos en favor de los menores, en la medida de sus posibilidades y en función de las necesidades de los mismos.

2.4. Derecho de Antonio a ser oído

Es preciso citar el derecho que le ampara a Antonio, el hijo mayor de la pareja con 16 años de edad en el 2017, a ser oído en el proceso. Este derecho viene recogido en los artículos: **92.2 CC** (en relación a cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación del mismo), en el **art. 92.6 CC** (en relación a acordar el régimen de guarda y custodia), en el **art. 770 apartado 4º de la LEC** (sobre medidas que afecten a los hijos menores en divorcio contencioso, siempre que se estime necesario deberá ser oído, ya que supera los 12 años de edad), en el **artículo Primero apartado cuarto de la LOMSPIA** que modifica la redacción del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de

³⁴ STS de 3 de marzo de 2016, núm. 130/2016 [RJ\2016\2184], Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana.

³⁵ STS de 11 de febrero de 2016, núm. 55/2016 [RJ 2016\249], Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Enjuiciamiento Civil³⁶ (en relación a cualquier procedimiento que incida en su esfera personal, familiar o social, se garantizará su derecho a declarar por sí mismo cuando tenga la suficiente madurez, la cual se considera que existe a la edad de 12 años), en el **artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989**³⁷ (derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afecten) y, en términos generales, en el **artículo 154 CC** (“*Si los hijos tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten*”).

2.5. Cuantía de la pensión de alimentos

Una vez determinado el tipo de guarda y custodia que podría regir respecto de los hijos menores, cabe centrarse en la cuestión de la cuantía de ésta.

Como ya se mencionó, el hecho de decretarse la custodia compartida no determina la supresión de la pensión de alimentos por parte de los progenitores (STS de 11 de febrero de 2016, ya mencionada), pero esto es algo que ha establecido la jurisprudencia, ya que la **Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio**³⁸, nada dice al respecto, limitándose únicamente en su disposición adicional única a crear un Fondo de garantía de pensiones. CRUZ GALLARDO analiza la cuestión de la pensión de alimentos cuando se establece la custodia compartida. En su exposición vuelve a reiterar que la prestación de alimentos es un derecho-deber de orden natural que corresponde satisfacer a ambos progenitores, por encima de cualquier régimen de convivencia, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 93 del Código Civil. El autor cita la famosa **sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de enero de 2001**³⁹, donde el TC entiende que se debe suprimir la pensión de alimentos a favor de los hijos, dispuesta por el tribunal *a quo* anteriormente, asumiendo cada progenitor los gastos ocasionados por el menor durante el periodo de tiempo asignado para la convivencia. Al propio tiempo, reconoce la necesidad de crear un fondo para atender por partes iguales los gastos extraordinarios que surjan⁴⁰. Hay que aclarar que este fondo no tiene nada que ver con el Fondo de garantía de pensiones, mencionado en la disposición adicional única de la **Ley 15/2005**, finalmente creado por el **Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos**⁴¹.

Ante esta jurisprudencia, CRUZ GALLARDO analiza la clase de gastos y el modo de atenderlos. Se diferencian por tanto, los gastos ordinarios y extraordinarios. Para satisfacer los gastos ordinarios no es necesario constituir la prestación de alimentos en la forma que tradicionalmente viene recogida en el régimen de custodia exclusiva o unilateral. Una parte de ellos, gastos de subsistencia y aquellos otros de escasa relevancia, serán asumidos por el progenitor que en ese período tenga en su compañía a los menores. En cambio, otros gastos ordinarios como la educación, el vestido y el ocio, deberán ser contemplados por la resolución judicial para determinar el modo de contribución de cada uno de los progenitores a los mismos. Por otra parte, los gastos extraordinarios, aquellos que se salen de lo habitual y de lo común, serán asumidos por ambos progenitores.⁴²

³⁶ BOE 17 enero 1996, núm. 15.

³⁷ BOE 31 diciembre 1990, núm. 313; en adelante, CDN.

³⁸ «BOE» núm. 163, de 9 de julio de 2005; en adelante, Ley 15/2005.

³⁹ STC de 15 de enero de 2001, núm. 4/2001 [RTC 2001\4], Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.

⁴⁰ CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, op. cit. pp. 526-527.

⁴¹ BOE 14 diciembre 2007, núm. 299.

⁴² CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, op. cit. pp. 528-529.

En cuanto al contenido del derecho a percibir alimentos, la **SAP de Madrid de 20 enero de 2016**⁴³ establece que por alimentos se ha de entender todo lo que es indispensable para el sustento, habitación o vivienda, asistencia médica, además de educación e instrucción (**art. 142 del CC**), mientras sea menor de edad y aun después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable, manteniéndose la obligación de prestar alimentos a los hijos mayores de edad, a tenor de lo dispuesto en los **arts. 93** (que determina la acomodación de la prestación económica a las necesidades efectivas de los hijos), y **142.3** del Código Civil.

Obligación de los progenitores, que debe prevalecer sobre otros intereses, como declara la **CDN**. Este deber se basa en el principio de la solidaridad familiar, tiene naturaleza de orden público, y al operar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales es uno de los deberes fundamentales de la patria potestad, constituyendo una obligación de carácter imperativo y personalísimo.

Como ya se anotó, la obligación de abonar alimentos a los hijos, es de ambos padres, y la cantidad de la pensión alimenticia será proporcional a los ingresos de cada uno de los progenitores y a las necesidades de los alimentistas, dando cumplimiento con ello a lo dispuesto en los **artículos 93, 145 y 146** del Código Civil. En el caso de Leticia y Felipe, deberá ponerse especial atención a los cuidados que presta el progenitor guardador, en este caso, Leticia al corresponderle la guarda y custodia por lo ya argumentado, y a sus escasos medios económicos, ya que el artículo 146 nos recuerda que la cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal y medios de quién los da.

IV. ¿A quién debe atribuírsele el uso de la vivienda?

1. USO DE VIVIENDA

1.1. Titularidad de la vivienda

En primer lugar, la vivienda a la que nos referimos se trata de una vivienda que procede de una donación por razón del matrimonio, donación que el Código Civil define en su **artículo 1336** como *“las que cualquier persona hace, antes de celebrarse, en consideración al mismo y en favor de uno o de los dos esposos”*, FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES⁴⁴ cree necesario relacionar esta definición con el **artículo 618** del Código que dice *“La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra, que la acepta”*. Conforme a ello, la autora concluye que se consideran donaciones por razón del matrimonio todos aquellos actos de liberalidad por los que una persona, antes de la celebración del matrimonio y en consideración a éste dispone gratuitamente de una cosa en favor de uno o de los dos futuros cónyuges, que la aceptan.

En cuanto a la propiedad del inmueble, el **artículo 1339 CC** nos dice que *“Los bienes donados conjuntamente a los esposos pertenecerán a ambos en pro indiviso ordinario y por partes iguales, salvo que el donante haya dispuesto otra cosa.”* El último inciso es el que debe ser tenido en cuenta, ya que María, madre de Felipe, acuerda con éste y Leticia que el piso se pondrá a nombre de Felipe, por lo que se entiende que el donante, en este caso María, no ha querido que el bien pertenezca a ambos por partes iguales. Es por ello que debemos considerar esta vivienda como un bien privativo de Felipe (**art.1346.2º CC**).

Pero para la atribución del uso de la vivienda existiendo hijos menores en el matrimonio, la titularidad del inmueble no es tan relevante como sí podría serlo en el caso de que los hijos fueran

⁴³ SAP de Madrid de 20 de enero de 2016 núm. 49/2016 [AC 2016\120], Ponente: Ilmo. Sr. D María del Pilar González Vicente.

⁴⁴ FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Ed. Comares, Granada, 2006, pp. 101-103.

mayores de edad o incluso, no existieran. Por ello, debemos centrarnos ahora en si la vivienda tiene la consideración de vivienda familiar o no.

1.2. Concepto de vivienda familiar

El Tribunal Supremo, en su sentencia de **9 de mayo de 2012 (Fund. 4º)**⁴⁵, estableció doctrina de esta manera *“en los procedimientos matrimoniales seguidos sin consenso de los cónyuges, no pueden atribuirse viviendas o locales distintos de aquel que constituye la vivienda familiar.”* Esto lleva a la conclusión, de que para poder hacer una atribución de vivienda distinta de la familiar, deberá existir acuerdo entre los cónyuges.

Pues bien, el Tribunal Supremo aclaró años atrás qué debemos entender por vivienda familiar en su sentencia de **31 de diciembre de 1994**⁴⁶: *“Nuestro ordenamiento jurídico protege la vivienda familiar, tanto en situación normal del matrimonio como en los estados de crisis, separación o divorcio. La protección se manifiesta en primer lugar creando el concepto de vivienda familiar al que se refieren los artículos 87, 90.B), 91, 96 y 103.2 del Código Civil; bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, quien quiera que sea el propietario. Protección que se hace patente en los supuestos de régimen normal de la familia fundamentalmente a través del artículo 1320 del Código Civil de aplicación general, con independencia del régimen patrimonial del matrimonio y conforme al cual «para disponer de los derechos sobre vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque tales derechos pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá el consentimiento de ambos, o en su caso, autorización judicial»”.*

A día de hoy, existe otra jurisprudencia que ha aclarado todavía más este término de vivienda familiar, tal es así la **Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2012**⁴⁷ que entiende vivienda familiar *“en el sentido de que debe formar el lugar en que la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia. Es en este sentido que se ha venido interpretando la noción de vivienda familiar, que es un concepto no definido en el Código Civil, pero que debe integrarse con lo establecido en el Art. 70 CC , en relación al domicilio de los cónyuges.”*

Podemos entender entonces, que la vivienda situada en Lugo sí tiene la consideración de vivienda familiar, ya que entraría dentro de esta definición, por haberse establecido la familia, conviviendo como tal, con una voluntad de permanencia.

1.3. Atribución del uso en caso de falta de acuerdo

La atribución del uso de la vivienda familiar podrá venir de un convenio regulador aprobado por el juez (**artículo 90 CC y artículo 777 b. LEC**) o bien, en caso de falta de acuerdo entre los cónyuges o no aprobación del mismo por parte de la autoridad judicial, la decisión sería acordada por la sentencia de divorcio, entrando en juego los **artículos 91 CC y 774 LEC**, siguiendo los criterios del **artículo 96 CC**. Esta decisión podría darse ya en medidas provisionales (**art.103.2º CC y art.771.1 LEC**) las cuales terminan, en todo caso, cuando sean sustituidas por las de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo (**art.106 CC**).

Sobre a quién debe atribuírsele el uso de la vivienda familiar en defecto de acuerdo, se ha manifestado el **Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de octubre de 2013**⁴⁸: *“El art. 96 CC*

⁴⁵ STS de 9 de mayo de 2012, núm. 284/2012 [RJ\2012\5137], Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

⁴⁶ STS de 31 de diciembre de 1994, núm. 1199/1994 [RJ\1994\10330], Ponente: Excmo Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo.

⁴⁷ STS de 31 de mayo de 2012, núm. 340/2012 [RJ\2012\6550], Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

⁴⁸ STS de 17 de octubre de 2013, núm. 622/2013 [RJ\2013\7255], Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

establece que en defecto de acuerdo, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Esta es una regla taxativa, que no permite interpretaciones temporales limitadoras. Incluso el pacto de los progenitores deberá ser examinado por el juez para evitar que se pueda producir este perjuicio.”

Norma que no permite ninguna limitación temporal a este derecho que le corresponde a los hijos menores: *“Efectivamente, esta norma no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, implicaría siempre la vulneración de los derechos de los hijos menores, que la Constitución incorporó al ordenamiento jurídico español (arts. 14 y 39 CE) y que después han sido desarrollados en la Ley Orgánica de protección del menor”.*

Sobre la imposibilidad de imponer una limitación temporal a esta medida, se ha referido ya anteriormente la **STS de 14 de abril de 2011**⁴⁹, cuando en su Fundamento de Derecho 3º establece: *“Esta doctrina se ha formulado ya en la sentencia de 1 de abril de 2011, que aunque referida a la atribución del uso al hijo de una pareja no casada, es plenamente aplicable a este supuesto. Debe reiterarse, por tanto, la doctrina declarada en dicha sentencia, que es aplicable a los casos de separación/divorcio de parejas casadas. Dicha doctrina establece que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el Art. 96 CC.”*

En todo caso, el principio aquí protegido es el del interés del menor, quien tiene derecho a recibir alimentos por el titular de la patria potestad, entre ellos, la habitación (**art.142 CC**). Tal como dice SALAZAR BORT⁵⁰ *“Lo que la medida pretende es mantener inalterado el marco geográfico de la vivienda de los menores, el medio-ambiente físico en el que se venían criando, al que están afectivamente ligados, y cuya modificación implicaría un cambio en el sistema de vida del menor que le perturbaría en el desarrollo de su adecuación”.* El autor aclara que la extensión del significado del término “hijos” del **artículo 96.1 CC**, debe quedar limitada a los hijos menores de edad y a los hijos mayores de edad incapacitados, asimilados a los menores. Por tanto, Antonio y Lucía, quedan protegidos por este artículo.

La doctrina del interés del menor ha sido reiterada por el Tribunal Supremo en otras muchas sentencias: **STS de 28 de noviembre de 2014**⁵¹ (Fund. 2º: *“porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez”*), en la misma línea la **STS de 29 de mayo de 2014**⁵² (Fund. 2º: *“El principio que aparece protegido en esta disposición (art.96 CC) es el del interés del menor, que requiere alimentos que deben prestarse por el titular de la patria potestad, y entre los alimentos se encuentra la habitación”*), y **STS de 3 de abril de 2014**⁵³ (Fund.2º), entre otras.

⁴⁹ STS de 14 de abril de 2011, núm. 236/2011 [RJ\2011\3590], Ponente: Excm.a Sra. Encarnación Roca Trías.

⁵⁰ SALAZAR BORT, S.: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001, p. 83.

⁵¹ STS de 28 de noviembre de 2014, núm. 660/2014 [RJ\2014\6048], Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana.

⁵² STS de 29 de mayo de 2014, núm. 301/2014 [RJ\2014\3889], Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana.

⁵³ STS de 3 de abril de 2014, núm. 181/2014 [RJ\2014\1950], Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se ha visto obligado a establecer una doctrina que pudiera flexibilizar el rigor de la norma (art. 96 CC), evitando así posibles situaciones de abuso de derecho. Por lo que en **Sentencia de 17 de junio de 2013**⁵⁴ argumenta que: *<<La atribución del uso al menor y al progenitor, "se produce para salvaguardar los derechos de este, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso de derecho, que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el art. 7 CC ">>*. Es por ello, que para evitar posibles abusos de derecho, la sentencia determina que hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: *"uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor"*.

Para el caso de Felipe y Leticia el carácter familiar de la vivienda es claro, ya que aparece en el supuesto como la única vivienda de carácter estable y duradero que ha tenido la pareja y en donde incluso ha nacido la menor Lucía. Por otro lado, no parece que exista otra vivienda idónea para satisfacer el interés de los menores, por lo que esta sentencia no sería de aplicación para el caso concreto que nos ocupa. Por lo que el uso de la vivienda será asignado a Antonio y Lucía junto con su progenitor custodio.

Pues bien, este régimen que se ha desarrollado es el que entrará en juego siempre que estemos ante un divorcio contencioso donde se concede la guarda y custodia exclusiva en favor de uno de los progenitores⁵⁵. Pero, ahora cabe plantearse la posibilidad de qué ocurriría con la vivienda familiar en caso de acordarse la custodia compartida (aunque como ya he dicho anteriormente, en principio ésta no podría concederse por impedirlo el **artículo 92.7 CC**).

Para responder a esta hipótesis, PANIZA FULLANA⁵⁶ analiza la sentencia del Tribunal Supremo de **24 de octubre de 2014**⁵⁷ por la que se establece la doctrina aplicable para el caso de acordarse custodia compartida (Punto 2º del apartado II). El **artículo 96** concede el uso de la vivienda a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden, de manera taxativa y sin limitación temporal, sin embargo, éste no es el caso cuando se establece el régimen de guarda y custodia compartida, ya que los hijos quedan en compañía de ambos progenitores. La Sala recuerda que no existe una regulación nacional específica sobre la atribución del uso de vivienda para adaptarla a este régimen de custodia, en contra de lo que sí han llevado a cabo otras legislaciones autonómicas (Cataluña, Argón, Valencia y recientemente el País Vasco).

Tal como dice PANIZA: *"entiende el Tribunal que tiene que aplicarse analógicamente la norma contenida en el **párrafo segundo del artículo 96** según el cual cuando los hijos queden en compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez «resolverá lo procedente»"*.

La sentencia afirma que es necesaria la ponderación de las circunstancias concurrentes en cada caso, con especial atención a dos factores: en primer lugar, al interés más necesitado de protección, que

⁵⁴ STS de 17 de junio de 2013, núm. 426/2013 [RJ2013\4375], Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana.

⁵⁵ Puede establecerse también la guarda y custodia exclusiva en favor de uno de los progenitores en un divorcio de mutuo acuerdo -art.777 LEC- mediante convenio regulador aprobado por el Juez, salvo si éste es dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges -art.90.1.a-.

⁵⁶ PANIZA FULLANA, A.: "Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar", en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2015 Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 3-4.

⁵⁷ STS de 24 de octubre de 2014, núm. 593/2014 [RJ 2014\5180], Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

no es otro que aquel que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres. En segundo lugar, a si la vivienda que constituye el domicilio familiar es privativa de uno de los dos cónyuges, de ambos o pertenece a un tercero. En ambos casos con la posibilidad de imponer una limitación temporal en la atribución del uso, similar a la que se establece en el párrafo tercero (del artículo 96) para los matrimonios sin hijos. En el supuesto de la Sentencia comentada el interés más necesitado de protección es el de la mujer; sin embargo, para armonizar los dos intereses contrapuestos, establece un límite temporal a dicho uso de 2 años.

Pues bien, de esta sentencia podemos deducir que en los casos en que se acuerde la custodia compartida, a falta de acuerdo de los cónyuges, será aplicable el párrafo 2º del artículo 96 (y no el párrafo 1º, aplicable a las situaciones de guarda y custodia exclusiva, como ya se ha visto) con la posible limitación temporal del párrafo 3º (referida ésta a las situaciones en que no existen hijos).

En cuanto a jurisprudencia, se aprecian varios ejemplos. La **STS de 6 de abril de 2016**⁵⁸ donde no se hace una expresa atribución del uso y disfrute de la vivienda. Como ya ha establecido el Tribunal Supremo, en los casos de custodia compartida habrá que ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso. En este supuesto, no se atribuye la vivienda familiar a ninguno de los progenitores porque entiende que los intereses a tener en cuenta se encuentran satisfechos. Estos intereses son, en primer lugar, interés más necesitado de protección, que no es otro que aquél que permite compaginar los periodos de estancia de los hijos con sus dos padres y en segundo lugar, como interés sin duda más prevalente para este caso, el de los menores a una vivienda adecuada a sus necesidades. La Sala entiende que al disponer ambos progenitores de vivienda propia y acordarse la custodia compartida *“la menor (..) habitará en el domicilio de cada uno de los progenitores, no existiendo ya una residencia familiar, sino dos, por lo que ya no se podrá hacer adscripción de la vivienda familiar, indefinida, a la menor y al padre o madre que con el conviva, pues ya la residencia no es única”*.

Otro ejemplo sería la reciente **STS de 14 de marzo de 2017**⁵⁹, en ella el TS se reitera en su doctrina sobre la no adscripción de la vivienda familiar en casos de custodia compartida y recuerda que en caso de atribución del uso de la vivienda a alguno de los progenitores con sus hijos menores, ésta no se extenderá más allá de la mayoría de edad ya que *“si las hijas necesitaran alimentos, en los que se incluye la vivienda, una vez que concluya el régimen de guarda impuesto por la minoría de edad, podrán pasar a residir con cualquiera de sus progenitores en función de que el alimentante decida proporcionarlos manteniendo en su propia casa al que tiene derecho a ellos”* (Fund.3º) .

1.4. Atribución del uso por acuerdo de los cónyuges

En caso de acuerdo entre los cónyuges, será de aplicación el **artículo 90 CC** referente al convenio regulador que regulará las consecuencias de la disolución del matrimonio (o separación, en su caso).

El **artículo 90 CC** cita el contenido mínimo que debe tener el convenio regulador presentado por los cónyuges. En concreto, el convenio se pronunciará sobre: el ejercicio de la patria potestad y el régimen de comunicación y visitas, la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, la liquidación del régimen económico matrimonial y la procedencia, en su caso, de una pensión compensatoria.

El convenio regulador regula los efectos comunes derivados de la crisis matrimonial y deberá ser presentado ante el Juez para su homologación (**art. 90.2 CC**). El juez homologará el convenio siempre que no sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges, por lo que se deduce que no será una mera revisión formal por parte de la autoridad judicial, sino que deberá velar porque se proteja plenamente el bienestar de los menores.

⁵⁸ STS de 6 de abril de 2016, núm. 215/2016 [RJ\2016\1321], Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

⁵⁹ STS de 14 de marzo de 2017, núm. 183/2017 [RJ\2017\878], Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

La homologación judicial dotará al convenio regulador de fuerza ejecutiva, ya que éste pasará a formar parte de la sentencia, dejando de ser así un mero negocio jurídico. Es por ello que el art.90.2 CC dispone que “desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.”

Cabe mencionar que el divorcio o separación de mutuo acuerdo se regirá por los trámites del **artículo 777 LEC**, donde ambos progenitores deberán suscribir el convenio regulador. Sin embargo, no es solo mediante este trámite donde se podrá terminar el proceso por convenio regulador, sino que incluso cuando el divorcio/separación se tramite inicialmente como contencioso (**art.770 LEC**), las partes podrán seguir el procedimiento por los trámites del **art.777 LEC** (**art. 770.5º LEC**).

Debe aclararse que aunque la atribución del uso de vivienda proceda del acuerdo entre ambos progenitores, no quiere decir que no puedan cambiarse en un futuro las cláusulas de dicho acuerdo, ya que en el caso de que lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges, podrán modificarse las medidas convenidas por los progenitores judicialmente o mediante otro convenio aprobado por el juez (**art.90.3 CC**). Esto mismo es posible también en el divorcio contencioso (**art.91 CC**: “*Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias*”).

1.5. Hipotética acción penal

En caso de iniciarse un procedimiento penal a instancia de Leticia, el **artículo 64 de la LOVG** establece que el Juez podrá ordenar la salida obligatoria del inculpado por violencia de género del domicilio en el que hubiera estado conviviendo o tenga su residencia la unidad familiar, así como la prohibición de volver al mismo. También podrá ordenar la no aproximación y comunicación con la víctima.

Iniciada la causa, el juez instructor podrá ordenar una serie de medidas contenidas en los **artículos 544 bis y ter del Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal**⁶⁰.

Entre estas medidas se encuentran la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma, así como acudir a estos lugares o incluso aproximarse o comunicarse con determinadas personas.

Artículo 544 bis: “*En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.*”

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.”

Para la adopción de estas garantías se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

Incluso, en virtud del **artículo 544 ter**, iniciada causa penal “*El Juez de Instrucción dictará orden de protección para las víctimas de violencia doméstica en los casos en que, existiendo indicios fundados de la comisión de un delito o falta contra la vida, integridad física o moral, libertad*

⁶⁰ «BOE» núm. 260, de 17 de septiembre de 1882; en adelante, LECrim.

sexual, libertad o seguridad de alguna de las personas mencionadas en el artículo 173.2 del Código Penal, resulte una situación objetiva de riesgo para la víctima que requiera la adopción de alguna de las medidas de protección reguladas en este artículo.”. Por lo que el Juez de Instrucción podrá adoptar alguna de las prevenciones que se citan en este artículo.

Las disposiciones adoptadas podrán tener carácter penal o civil. Entre las de carácter civil, el apartado 7º del artículo 544 ter nos dice que *“Estas medidas podrán consistir en la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar, determinar el régimen de guarda y custodia, visitas, comunicación y estancia con los menores o personas con la capacidad judicialmente modificada, el régimen de prestación de alimentos, así como cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartarles de un peligro o de evitarles perjuicios.”*

Por lo que la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar podrá ser acordada por el Juez instructor, el cual deberá pronunciarse en todo caso, incluso de oficio, sobre la pertinencia de su adopción, al existir menores que conviven con la víctima y que además, dependen de ella.

Ahora bien, estas medidas de carácter civil tendrán una vigencia de 30 días, dentro de los cuales, la presunta víctima deberá presentar demanda de divorcio. Pasado este plazo, el juez deberá ratificarlas, modificarlas o incluso dejarlas sin efecto.

V. ¿Las actuaciones de Felipe son constitutivas de delito?

1. DELITO DE MALOS TRATOS

Me referiré para comenzar, al hecho ocurrido el 13 de marzo de 2016, cuando Felipe propina un empujón a su mujer Leticia, estando ésta embarazada. Esta agresión provoca que Leticia acuda al médico y éste le recete unos analgésicos para el dolor.

El resultado lesivo puede calificarse como de menor gravedad del **artículo 153 apartado 1º** de la **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal**⁶¹ *“El que por cualquier medio o procedimiento causare a otro menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad de las previstas en el apartado 2 del artículo 147, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión, cuando la ofendida sea o haya sido esposa, (...)”*

1.1. Conducta típica (art. 153 CP)

La conducta típica se divide en dos posibilidades:

1. Causar -por cualquier medio o procedimiento- un menoscabo psíquico o una lesión de menor gravedad, considerada ésta como aquella que no necesita de un tratamiento médico o quirúrgico para su curación.
2. Golpear o maltratar de obra sin causar lesión. En este caso no se exige un resultado material y no se incluyen los malos tratos psíquicos⁶².

Para poder aplicar este artículo en su primer apartado, es necesario que el sujeto pasivo sea la esposa o pareja, ex-esposa/ex-pareja o persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, el cual tiene que ser siempre varón.

Para el caso del empujón propinado por Felipe hacia Leticia, parece que sí se ha producido un resultado material al haberle sido recetados analgésicos para el dolor (aunque no acompañados de

⁶¹ «BOE» núm. 281, de 24 de noviembre de 1995; en adelante, CP.

⁶² Vid. SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J. Y MOYA CASTILLA, J.M.: *Violencia de género, Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Ed. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005, p. 87.

un resultado material no suponen tratamiento médico **STS 13 de septiembre de 2006**⁶³ y **STS de 6 de julio de 1998**⁶⁴), por lo que cabría englobarlo dentro de la primera de las posibilidades.

1.2. Requisitos del tipo penal

Para apreciar este tipo de delito debemos constatar tres requisitos, dos de ellos objetivos y uno subjetivo:

A) Relación afectiva

En primer lugar, como primer requisito objetivo debemos confirmar que existe una relación afectiva entre el agresor y la víctima, cosa que está claramente constatada por la preexistencia de vínculo matrimonial entre Felipe y Leticia, hecho objetivo y contrastable a través del Registro Civil.

B) Acto de agresión

En segundo lugar, como segundo requisito objetivo, debe producirse un acto de agresión, otro requisito que se cumple al producirse un empujón, lesión calificada como lesión de menor gravedad por el cual le fueron recetados unos analgésicos por facultativo competente.

C) Situación de dominio

Y, por último, el tercer requisito, éste subjetivo, que es la situación de dominio. Sobre la situación de dominio del hombre sobre la mujer se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su **sentencia de 25 de enero de 2008**⁶⁵, en concreto en su Fundamento de derecho 4º: *“Para su delimitación, debemos acudir al art.1º (objeto de la ley), en cuyo apartado primero se lee lo siguiente: “la presente Ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”.*

Ha de concurrir, pues, una intencionalidad en el actuar del sujeto activo del delito, que se puede condensar en la expresión actuar en posición de dominio del hombre frente a la mujer para que el hecho merezca la consideración de violencia de género.

Un primer acotamiento ya resulta del contenido del art. 1.3 de la LOVG, en estos términos: “la violencia de género a que se refiere la presente Ley comprende todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad”.

Esta sentencia versa sobre dos agresiones sufridas por la pareja del acusado, la primera, con motivo de no dejarle abandonar el domicilio con la vestimenta que ésta llevaba y la segunda, por negarse ella a mantener relaciones sexuales con el acusado. Ambas fueron calificadas por la Audiencia Provincial de Barcelona como faltas (ya derogadas), sin tener en cuenta el componente de género que englobaría estas agresiones en el marco del **art. 153.1 CP**. Por ello, el Tribunal Supremo emite esta argumentación jurídica citando la **LOVG** y valorando el componente de la posición de dominio del hombre frente a la mujer. En el caso de la sentencia está claro el componente de dominio, imponiendo el hombre su criterio sobre la vestimenta de la mujer y también sobre la práctica de relaciones sexuales entre la pareja, para el caso de Felipe y Leticia debe analizarse también la agresión.

⁶³ STS de 13 de septiembre de 2006, núm. 894/2006 [RJ 2007\294], Ponente: Excmo. Sr. Luis Román Puerta Luis.

⁶⁴ STS de 6 de julio de 1998, núm. 914/1998 [RJ 1998\5856], Ponente: Excmo. Sr. Roberto García-Calvo y Montiel.

⁶⁵ STS de 25 de enero de 2008, núm. 58/2008 [RJ\2008\1563], Ponente: Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar.

La agresión se produce por recriminarle Leticia a Felipe que “no está dispuesta a ser la niñera de nadie”, quejándose ésta de sus constantes labores en cuanto al cuidado de la madre de Felipe. Tras el empujón, Felipe increpa a Leticia diciéndole que “es libre de irse, pero que si lo hace no va a volver a ver a sus hijos”, esta amenaza queda subsumida dentro de la propia lesión, siendo ésta más grave, pero deja claro la intencionalidad del sujeto activo, Felipe, quien actúa en posición de dominio frente a Leticia reproduciendo un modelo de conducta de discriminación y sometimiento de la mujer al hombre. Todo ello puede completarse con que no existe móvil distinto a la presión de dominio del autor frente a la víctima.

Además, en **SAP de A Coruña de 28 de octubre de 2014**⁶⁶ se dice “*para que el tipo sea aplicable, ha de ser reflejo de una situación, incluso puntual, de abuso de poder, desigualdad y dominación entre autor y víctima*”. “*Hemos insistido en que "en el tipo solo existe como requisito subjetivo el dolo, sin más"*”.

1.3. Penalidad

Este delito acarrea pena de prisión de 6 meses a 1 año o de trabajos en beneficios de la comunidad de 31 a 80 días, y en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años, así como, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento hasta cinco años. Esta inhabilitación solo podrá ser impuesta cuando el ejercicio de estos derechos haya tenido relación directa con el delito cometido, vinculación que deberá determinarse expresamente en la sentencia.

Dentro del marco de 6 meses a 1 año de prisión o trabajos de 31 a 80 días, de no existir ni agravantes ni atenuantes, deberá moverse el juez a su libre arbitrio, valorando las circunstancias personales del acusado y teniendo en cuenta qué tipo de acto se ha producido, si la lesión de menor gravedad del art.147.2 CP o bien un golpe o maltrato de obra (**art. 66.6º CP**).

1.3.1. Agravantes

Como agravante, sería de aplicación el apartado 3º del artículo 153, el cual dispone que “*las penas previstas en los apartados 1 y 2 se impondrán en su mitad superior cuando el delito se perpetre en presencia de menores, o utilizando armas, o tenga lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, (...)*”.

En este caso, el delito se perpetró en el domicilio común, por lo que el juez impondría bien, la pena de 6 meses a 1 año en su mitad superior, lo que nos dejaría una pena de 9 meses y 1 día a 1 año donde la pena exacta se fijaría según su libre arbitrio y buen criterio, o bien, la pena de trabajos en beneficios de la comunidad de 31 a 80 días en su mitad superior, lo que quedaría en una pena de 56 a 80 días fijando la pena exacta el juez de la misma manera.

1.3.2. Atenuantes

El **artículo 153** brinda la posibilidad en su punto 4º de atenuar la pena, en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho, incluso pudiendo rebajarla en un grado. Sin embargo, esta atenuación no tendría mucho sentido, ya que de considerar la pena de prisión recogida en este artículo demasiado gravosa, decantándose por una pena más leve, podría optarse por eludir la prisión y decretar los trabajos en beneficio de la comunidad.

1.3.3 Penas accesorias

Como nos encontramos ante un delito de lesiones, éste lleva aparejado la pena accesoria que establece el **artículo 57** del Código Penal, el cual nos remitirá a las prohibiciones del artículo 48,

⁶⁶ SAP de A Coruña de 28 de octubre de 2014, núm. 595/2014 [JUR 2015\45184], Ponente: Illmo. Sr. D Angel María Judel Prieto.

entre las cuales el juez podrá elegir una o varias por un tiempo que no excederá, en este caso, de cinco años por tratarse de un delito menos grave tal como establece el **artículo 33.3 letra a) CP**. En caso de imponerse la pena de prisión, las prohibiciones que establezca el Juez o Tribunal serán por un tiempo superior de entre uno y cinco años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia⁶⁷. Además, se impondrá la pena accesoria genérica del **artículo 56 CP** referente a la suspensión de empleo o cargo público e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Para este supuesto, según el apartado 2º del artículo 57, se impondrá en todo caso la prohibición contenida en el **artículo 48.2 CP** por haberse cometido el delito contra uno de los cónyuges. Esta medida consiste en *“la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, (...), quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiere reconocido en sentencia civil hasta el total cumplimiento de esta pena.”* Esta pena se regirá por las mismas reglas que el resto de penas accesorias, imponiéndose una duración mínima de un año sobre la pena de prisión y un máximo de cinco por ser un delito menos grave.

2. DELITO DE LESIONES

En segundo lugar, me referiré al hecho ocurrido el 16 de junio de 2016, cuando Felipe llega al domicilio conyugal en estado de embriaguez y le propina varios golpes a Leticia que la tiran al suelo. Como consecuencia de esta agresión, Leticia sufre un esguince en el pie derecho así como fuertes dolores cervicales. Ante estas dolencias, el médico le venda el pie, le receta analgésicos para el dolor y le ordena llevar un collarín.

Esta agresión puede ser constitutiva del delito básico de lesiones del **artículo 147 CP apartado 1º** con el agravante genérico de parentesco del **artículo 23 CP**, así como del subtipo agravado del artículo 148, del que hablaré luego.

2.1. Conducta típica (art. 147 CP)

El **artículo 147.1 CP** dispone *“El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado, como reo del delito de lesiones (...), siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico”*. Es decir, hablamos de una lesión producida por cualquier medio o procedimiento, que requiera un tratamiento médico o quirúrgico más allá de una primera asistencia. Para ello, debemos plantearnos qué se entiende por tratamiento médico o quirúrgico y si realmente en esta lesión sufrida por Leticia se han producido tales tratamientos o únicamente una primera asistencia facultativa.

2.2. Requisitos del tipo penal

A) Resultado lesivo

El resultado lesivo consiste en un menoscabo de la integridad corporal o de la salud física o mental de la víctima que precise tratamiento médico o quirúrgico o requiera para su sanidad más de una primera asistencia facultativa. Efectivamente este tipo penal castiga cualquier tipo de lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud de la víctima, con independencia de los medios o instrumentos utilizados (acción típica de medios indeterminados). La **STS de 8 de octubre de 1999**⁶⁸ estableció en su día que: *“La doctrina ha mantenido no sólo que las lesiones no precisan de agresividad ni violencia sino que, como delito de resultado, se consuman cuando éste se origina a*

⁶⁷ art.51.1 CP segundo párrafo en relación con artículo 57.2 CP y 48.2 CP.

⁶⁸ STS de 8 de octubre de 1999, núm. 1427/1999 [RJ 1999\8117], Ponente: Excmo. Sr. José Augusto de Vega Ruiz.

medio de un dolo específico, o «animus leadendi», en virtud del cual se quiere el daño corporal (o en su caso psíquico) buscado. La conducta del acusado no cabe valorarla como meramente favorecedora del resultado sino como condición necesaria del mismo, bien entendido que el Texto Penal habla con claridad de «por cualquier medio o procedimiento», con lo que debe entenderse que el presupuesto de la acción no es de contenido exclusivamente físico, ya que también pueden cometerse por medios no estrictamente materiales.» (Fund. 7º). Esta interpretación del Tribunal permite apreciar que la lesión puede producirse incluso sin necesidad de fuerza física, ya que el presupuesto de la acción no es exclusivamente activo, siendo perfectamente posible incluso, la comisión por omisión de este delito.

B) Tratamiento médico o quirúrgico

El Tribunal Supremo, precisó que por tratamiento médico viene entendiendo *“que es el consistente en la planificación de un sistema curativo o de un esquema médico prescrito por un titulado en medicina con finalidad curativa o para reducir las consecuencias de la lesión si aquella no es curable. (...) es indiferente que tal actividad posterior la realice el propio médico o la recomiende a auxiliares sanitarios o se imponga la misma al paciente, por la prescripción de fármacos o comportamientos a seguir.” (STS de 26 septiembre de 2012⁶⁹).*

En sentencia **de 4 de noviembre de 2008**⁷⁰ el Tribunal Supremo expone de manera más pormenorizada qué entiende por tratamiento médico: *“Por tratamiento médico hay que entender aquel que parte de la existencia de un menoscabo a la salud cuya curación o sanidad requiere la intervención médica con planificación de un esquema de recuperación para curar, reducir sus consecuencias o, incluso una recuperación no dolorosa que sea objetivamente necesaria y que no suponga mero seguimiento facultativo o simples vigilancias, incluyéndose, además las pruebas necesarias para averiguar el contenido del menoscabo y tratar de ponerle remedio.”*

Posteriormente, se refiere a si la prescripción de analgésicos se considera o no tratamiento médico y para ello argumenta que *“la Sala ha proclamado, por ejemplo, que tomar analgésicos durante tres días no se considera tratamiento médico (...) No faltan, sin embargo, resoluciones que estiman que la ingesta de fármacos o analgésicos sí puede integrar el concepto de tratamiento médico, si bien en la mayoría de los casos se trata de lesiones acompañadas de otros menoscabos físicos objetivados mediante el oportuno dictamen médico (SSTS 91/2007, 12 de febrero [RJ 2007, 792], 38/2005, 28 de enero [RJ 2005, 910], 1469/2004, 15 de diciembre [RJ 2005, 44] (...)).”* Pues bien, a partir de la jurisprudencia mencionada del Tribunal Supremo, cabe entender que si a Leticia se le hubieran recetado únicamente unos analgésicos para el dolor, no estaríamos ante un tratamiento médico y no sería apreciable la figura del **art. 147 CP**, debiendo decantarnos más bien por alguno de sus tipos atenuados recogidos en los párrafos 2º y 3º (lo que nos llevaría a aplicar el **art.153.1 CP**). Sin embargo, la receta de analgésicos viene acompañada de una venda para el pie derecho esguinzado, fuertes dolores cervicales y la obligación de uso de collarín. Es por ello, que esta jurisprudencia del Tribunal permitiría defender la existencia de tratamiento médico.

Por tratamiento quirúrgico el Tribunal Supremo entiende *“siempre que se actúa médicamente sobre el cuerpo del paciente de forma agresiva, como ocurre cuando se abre, se corta, se extrae o se sutura, es decir siempre que la curación se persigue mediante la intervención directa en la anatomía de quien la necesite”. “Debe entenderse la realización de cualquier intervención médica de esta naturaleza (cirugía mayor o cirugía menor), que sea objetivamente necesaria para reparar*

⁶⁹ STS de 26 de septiembre de 2012, núm. 684/2012 [RJ 2012\9452], Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Soriano Soriano.

⁷⁰ STS de 4 de noviembre de 2008, núm. 724/2008 [RJ 2009\423], Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez.

el cuerpo humano o para restaurar o corregir cualquier alteración funcional u orgánica producida por las lesiones”. (STS de 9 de julio 2014⁷¹).

De lo expuesto, se entiende que en el caso de Leticia no se ha producido tratamiento quirúrgico, pues no ha necesitado de cirugía en ningún momento.

- *El uso de collarín como tratamiento médico*

El collarín como método de curación corresponde necesariamente un tratamiento médico, por haberlo establecido así el Tribunal Supremo.

Por sentencia de **25 de abril de 2001** reitera el Tribunal su interpretación sobre lo que considera tratamiento médico *“a efectos penales por tratamiento médico, configurador del tipo delictivo de lesiones, ha de entenderse aquel sistema o método que se utiliza para curar una enfermedad o traumatismo o para tratar de reducir sus consecuencias si no fuera curable, quedando excluidas las medidas de cautela o prevención, la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión (art. 147.1º CP) y los supuestos en que la lesión sólo requiere objetivamente para su sanidad una primera asistencia facultativa.”* Y además, reafirma su posición sobre el uso de collarín cervical, el cual viene considerando necesariamente como tratamiento médico de carácter curativo, en tanto que busca reparar el daño provocado por un traumatismo cervical:

“En este caso la víctima sufrió además de una contusión costal un esguince cervical con contractura paravertebral, que es lesión objetivamente necesitada de tratamiento médico, y de hecho fue sometida a un tratamiento prolongado –más allá de la primera asistencia– que consistió en la colocación de un collarín cervical durante quince días de forma permanente y otros quince de forma parcial. Esta Sala viene considerando este tipo de tratamiento como de carácter curativo en cuanto trata de reparar el daño ocasionado por un traumatismo cervical” (párrafo séptimo del Fund. 1º). (Otras resoluciones en la misma línea: Fund. 8º de **sentencia de 31 marzo de 2003**⁷² y Fund. 8º de **sentencia de 17 de octubre de 2012**⁷³).

En sentencia de **22 de marzo de 2002**⁷⁴, el Supremo afirma de nuevo el carácter de tratamiento médico que recibe la prescripción de uso de collarín cervical *“También (hubo) una planificación médica inicial con prescripciones tendentes a curar a la agredida de las lesiones, dolores y riesgos para su salud que presentaba. La misma consistió en la indicación de antiinflamatorios, analgésicos, antibióticos y miorrelajantes, así como collarín cervical para la contractura, lo que constituye un verdadero tratamiento en cuanto método terapéutico activo con el que curar a la perjudicada.”*

“En este caso, hay que entender que el porte de un collarín cervical constituye un sistema curativo, o reductor de las consecuencias cuando la lesión no sea totalmente curable, prescrito con tal finalidad curativa por un titulado en medicina y aunque ese tratamiento se encomiende a auxiliares sanitarios o se imponga al mismo paciente, atendiendo para la valoración del tratamiento médico que, como concepto normativo a concretar por el juzgador en la función integradora de las normas, a la doctrina ya fijada en la jurisprudencia de esta Sala” (Fund. 1º).

C) Dolo

⁷¹ STS de 9 de julio de 2014, núm. 546/2014 [RJ2014\3545], Ponente: Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

⁷² STS de 31 de marzo de 2003, núm. 479/2003 [RJ 2003\4070], Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

⁷³ STS de 17 de octubre de 2012, núm. 776/2012 [RJ 2012\10552], Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.

⁷⁴ STS de 22 de marzo de 2002, núm. 523/2002 [RJ 2002\4479], Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz.

El dolo genérico de lesionar o «animus laedendi», tendente a menoscabar la integridad corporal o la salud física o mental del sujeto pasivo, sin que sea necesario que el agresor se represente un resultado concreto o determinado, surgiendo el delito cuando el hecho consecuencia ha sido directamente querido y también cuando su autor se representó la posibilidad del resultado y la acepta (dolo eventual) porque no renuncia a la ejecución de los actos penados (**STS de 20 de octubre de 1983**⁷⁵ y **20 de noviembre de 1991**⁷⁶, **5 de marzo de 1993**⁷⁷). Otras SSTs más actuales sobre el dolo eventual: **STS de 7 de febrero de 2013**⁷⁸ (Fund. 10º: “*ha de precisarse que la sanción por dolo eventual no requiere que el conocimiento y voluntad del sujeto abarquen la producción del resultado en su sentido jurídico, que constituye una mera cuestión de "subsunción" ajena a la subjetividad del agente, sino el resultado en su sentido natural, que es lo que necesariamente tuvo que prever y aceptar el acusado, dada la alta probabilidad de que se ocasionase*”) y **STS de 9 de marzo de 2016**⁷⁹ (Fund. 8º: “*en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado lesivo*”).

D) Nexa de causalidad

Entre el comportamiento o movimiento corporal del agente y el resultado producido, de tal modo que aquél sea generante o determinante de éste, y sin que al resultado lesivo desencadenado por la acción del inculcado obste la condición patológica de la víctima (**SSTS de 30 de septiembre**⁸⁰, **2 de octubre**⁸¹ y **18 de diciembre de 1991**⁸²).

2.3. Penalidad

Este delito acarrea una pena de prisión de tres meses a tres años o multa de seis a doce meses. De no existir ni agravantes ni atenuantes, deberá moverse el juez a su libre arbitrio, valorando las circunstancias concretas de cada caso (**art. 66.6º CP**).

En el caso de optar el juez por la pena de multa, la cuota será establecida siguiendo los parámetros del **art. 50 CP**. La pena de multa se impondrá, salvo que la Ley disponga otra cosa, siguiendo el sistema de días-multa, cuya extensión mínima será de 10 días y la máxima de 2 años (hablando de personas físicas). La cuota diaria tendrá un mínimo de 2 y un máximo de 400€ y el juez deberá determinar motivadamente la extensión de la pena dentro del límite establecido para el delito de lesiones. Para imponer la cuota tendrá en cuenta exclusivamente la situación económica del reo. Cuando no se ha podido determinar la capacidad económica del condenado, lo habitual es que el juez o tribunal impongan una cuota de 10€ diarios (**STS de 19 de junio de 2012**⁸³). En este caso, conocemos los ingresos medios de Felipe, el cual recibe un sueldo aproximado de 5000€ mensuales

⁷⁵ STS de 20 de octubre de 1983 [RJ 1983\4767], Ponente: Excmo. Sr. Juan Latour Brotons.

⁷⁶ STS de 20 de noviembre de 1991 [RJ 1991\8336], Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz.

⁷⁷ STS de 5 de marzo de 1993, núm. 510/1993 [RJ 1993\1844], Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

⁷⁸ STS de 7 de febrero de 2013, núm. 61/2013 [RJ 2013\8381], Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

⁷⁹ STS de 9 de marzo de 2016, núm. 196/2016 [RJ 2016\1080], Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro.

⁸⁰ STS de 30 de septiembre de 1991 [RJ 1991\6645], Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater.

⁸¹ STS de 2 de octubre de 1991 [RJ 1991\6881], Ponente: Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos.

⁸² STS de 18 de diciembre de 1991 [RJ 1991\9537], Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz.

⁸³ STS de 19 de junio de 2012, núm. 539/2012 [RJ 2012\9053], Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar.

además de poseer una vivienda donada, por lo que la cuota de multa debería oscilar entre los 30 y 60€ diarios.

Si finalmente se opta por la pena de multa, de no satisfacerse el pago de la misma, el condenado quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas (**art. 53 CP**).

2.3.1. Agravantes

El artículo 147 CP no contiene en sí mismo agravantes, aunque caben las agravantes genéricas del **artículo 22 CP**.

Lo que sí existen son los tipos agravados de lesiones: el **art. 148**, el **art. 149** (pérdida o inutilidad de órgano principal), y el **art. 150** (deformidad), ninguno de ellos aplicables a nuestro caso concreto. Una agravante aplicable al caso sería la circunstancia de parentesco del **art. 23 CP**, lo que por regla del **art. 66.1.3º** significa que la pena se aplicaría en su mitad superior. Por lo tanto, la pena quedaría en prisión de 1 año, 7 meses y 16 días a 3 años, o bien, en pena de multa de 9 a 12 meses.

2.3.2. Atenuantes

Como ya se mencionó, al tratarse de un lesión que ha requerido tratamiento médico más allá de una simple primera asistencia facultativa, no son aplicables los tipos atenuados de los apartados 2 y 3 del artículo 147. Por ello, la única atenuante posible en este supuesto podría ser la recogida en el **art. 21.1º CP** en relación con el **20.2º CP**, es decir, la atenuante de intoxicación por el consumo de bebidas alcohólicas al tiempo de cometer la infracción penal. Para ello, Felipe debe demostrar que al momento de cometer la agresión, se encontraban disminuidas sus facultades intelectivas y volitivas como consecuencia del consumo de bebidas alcohólicas.

2.3.3. Penas accesorias

En caso de optarse por la pena de prisión, en atención a la gravedad de los hechos o al peligro que el delincuente represente, el juez o tribunal podrá acordar la imposición de una o varias de las prohibiciones del **artículo 48 CP (art. 57.1 CP)**, de hacerlo, dichas prohibiciones se impondrán por un tiempo superior entre 1 y 5 años al de la duración de la pena de prisión (delito menos grave⁸⁴). Además, por ser la víctima cónyuge del autor se impondrá en todo caso la prohibición prevista en el apartado 2 del **art. 48 CP (art. 57.2 CP)**, consistente en la prohibición de aproximación a la víctima, con los mismos límites temporales establecidos en el apartado anterior.

Junto a estas prohibiciones del **artículo 48 CP**, serán de aplicación las penas accesorias del **artículo 56 CP**, imperativas para penas de prisión inferiores a 10 años. Los jueces y tribunales impondrán alguna o algunas de estas penas, atendiendo a la gravedad del delito. La pena más común es la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

3. SUBTIPO AGRAVADO DE LESIONES

3.1. Conducta típica (art. 148.4º CP)

Igualmente, el hecho producido el 16 de junio de 2016 podría ser constitutivo a simple vista, del delito de lesiones agravadas contemplado en el **artículo 148 apartado 4º** que establece que “*Las lesiones previstas en el apartado 1 del artículo anterior (lesiones: artículo 147) podrán ser castigadas con la pena de prisión de dos a cinco años, atendiendo al resultado causado o riesgo producido: 4º. Si la víctima fuere o hubiere sido esposa, o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.*”.

⁸⁴ *vid.* artículo 13.2 CP en relación con artículo 33.3. a) CP

Obviamente, al encontrarnos ante un tipo agravado de las lesiones básicas del artículo 147 CP, estas lesiones del art. 148 CP deberán cumplir los mismos presupuestos y requisitos que las establecidas en el artículo anterior.

3.1.1. Doctrina del Tribunal Constitucional

Como ya es sabido, el artículo 148 es de aplicación potestativa por parte del juez, es decir, no se aplicará automáticamente cuando exista una lesión y se dé alguna de las circunstancias que contempla este artículo, entre las que se encuentra que la víctima fuere o hubiere sido esposa (art. 148.4º), sino que deberá atenderse al resultado causado y al riesgo producido. Sobre estos dos elementos a tener en cuenta se ha manifestado el **Tribunal Constitucional en sentencias de 22 de julio de 2010⁸⁵ (en Pleno) y 4 de octubre de 2010 (Sala 1ª)⁸⁶**. La STC de 22 de julio resuelve sobre una cuestión de inconstitucionalidad presentada por la Magistrada del Juzgado de lo Penal núm. 2 de Albacete, mientras que en la STC del 4 de octubre, el Tribunal resuelve sobre un recurso de amparo por posible vulneración del derecho a la igualdad y a la presunción de inocencia, entre otros.

En la primera de las sentencias, concretamente en el Fundamento 9º, el Alto Tribunal expone los criterios a seguir para la aplicación o no, de este artículo: “...*para la aplicación del art. 148.4 CP no sólo habrían de concurrir las circunstancias específicas descritas —que la víctima sea mujer que sea o haya sido pareja del autor—, sino que, junto a ello, sería preciso que los hechos expresaran un injusto cualificado, un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado. Expresado en otros términos, la mayor gravedad de la pena en el precepto cuestionado no vendría dada exclusivamente por la existencia presente o pasada de una relación de pareja entre el sujeto activo hombre y la mujer, sino por la concurrencia añadida de una particular gravedad de la conducta para el bien jurídico protegido, pudiendo optar el juzgador por no imponer la agravación si, aun estando ante un supuesto de violencia de género, no se apreciara tal particular intensidad lesiva en el riesgo o en el resultado.*”

Es decir, lo que el TC viene a aclarar, es que deberá valorarse por parte del juez la entidad de los hechos en cada caso, aplicando este artículo únicamente cuando concorra una especial gravedad de la conducta, gravedad apreciable bien en el resultado causado, bien en el riesgo generado. Es por ello que no será suficiente con apreciar únicamente el elemento objetivo —ser o haber sido cónyuge o pareja— sino que deberá apreciarse a mayores un elemento subjetivo, relacionado con el dolo, en atención a la particular gravedad de la conducta del autor generadora de un riesgo o resultado agravado.

En la segunda de las sentencias, específicamente en su Fundamento 2º, el Tribunal reitera su doctrina sobre este artículo afirmando que “*la agravación recogida en el art. 148.4 CP, es facultativa para el órgano judicial, que debe atender para ello «al resultado causado y al riesgo producido», lo que supone que para la aplicación del art. 148.4 CP, junto al requisito de una víctima mujer que sea o haya sido pareja del autor, es necesario un mayor desvalor derivado ya de la intensidad del riesgo generado por la acción del autor, ya de la gravedad del resultado causado.*”. Esta fundamentación es utilizada por el Alto Tribunal para desvirtuar la alegación de vulneración del principio general de igualdad. Y además, en su Fundamento 3º reflexiona sobre la aplicación de la norma al caso concreto que se le presenta, alegando que la pena impuesta por aplicación del artículo 148.4 CP no resulta en ningún caso desproporcionada, por revestir la agresión una “acusada brutalidad” (sujetando los brazos de la víctima al tiempo que se le propinaban varios cabezazos, provocándole una contusión en los labios, la pérdida de una pieza dental y de la funda de otra, así como diversos hematomas en los antebrazos y en ambas piernas) y

⁸⁵ STC de 22 de julio de 2010, núm.41/2010 [RTC\2010\41], Ponente: Don Francisco Javier Delgado Barrio.

⁸⁶ STC de 4 de octubre de 2010, núm. 52/2010 [RTC\2010\52], Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde.

el hecho de que ésta tuviera lugar en la habitación en que se encontraba durmiendo la hija del matrimonio. Es por ello, que el TC desestima el recurso de amparo interpuesto por la representación del acusado.

3.1.2. Doctrina del Tribunal Supremo

El Tribunal Supremo ha desarrollado también su línea jurisprudencial en torno a la debida aplicación de este artículo. Citaré para ello dos sentencias que explican la correcta interpretación de este subtipo agravado de lesiones.

Para comenzar, en sentencia de **26 de diciembre de 2007**⁸⁷, el Tribunal en relación con el apartado 1º del **art.148 CP** (utilización de medios, instrumentos, peligrosos) señala que: *“el fundamento de la agravación reside en el aumento de la capacidad agresiva en el actuar del agente, y el mayor riesgo de causación de lesiones, lo que se traduce en una mayor perversidad criminal, teniendo naturaleza jurídica de peligro concreto.”*

Aunque en esta sentencia el Tribunal Supremo se refiera a la aplicación del subtipo agravado por lo dispuesto en el **apartado 1º** del artículo, se puede extrapolar su argumentación al supuesto que nos ocupa. El **artículo 148** se refiere a que se debe atender al “resultado causado o riesgo producido” para la aplicación del mismo, lo que el TS complementa con su argumentación sobre el fundamento de la agravación, que según el Tribunal, “reside en el aumento de la capacidad agresiva en el actuar del agente, Felipe en este caso, y el mayor riesgo de causar las lesiones”, por ello, para la posible aplicación de este artículo a la agresión producida el 16 de junio de 2016, debemos valorar si Felipe ha generado un riesgo mayor al esperado con aumento de su capacidad agresiva o si bien, el resultado producido ha sido de tal magnitud que se excede de la lesión típica prevista en el **art. 147 CP**.

Por otro lado, en sentencia de **23 de febrero de 2015**⁸⁸ (**Fund. 5º**) el Tribunal en relación con el **apartado 4º del art. 148 CP** y resolviendo un recurso de casación afirma: *“Tiene razón la Audiencia que el art. 148 C.P. no es de aplicación automática, pues su carácter potestativo o facultativo lo proclama la norma. Ahora bien, seguirá hallándose vigente la necesidad de una mayor lesividad del hecho o la creación de un peligro para la vida o integridad física más allá de los deterioros corporales producidos por una lesión no especialmente dañina.*

De ahí que pueda perfectamente interpretarse que la aplicación del art. 148 C.P. , estará en directa conexión con una especial gravedad o peligrosidad de la conducta agresiva y cuya determinación quedará al prudente arbitrio del Tribunal, bastando con que a ese dato se una la concurrencia de algunos de los supuestos de hecho que se mencionan en los cinco números del art. 148 CP”.

En esta sentencia se ve claramente la postura del Tribunal Supremo ante la aplicación de este artículo. Es por ello que el Tribunal reconoce que la aplicación del artículo 148 CP no es automática, sino facultativa por parte del juez. Sin embargo, esta facultad del juez vendrá condicionada a la existencia de una mayor lesividad de la agresión o bien a la creación de un peligro para la vida o integridad física de la víctima más allá de los propios daños corporales que se sufre con cualquier tipo de lesión.

3.2. Penalidad

Para el caso de Felipe y Leticia, parece que el riesgo generado y el resultado producido no revisten las características necesarias para la apreciación del tipo agravado del **artículo 148.4 CP**, algo que debería ser valorado por el juez en todo caso. Por lo que, de no aplicarse este artículo, la lesión sería calificada como una lesión del **art. 147.1 CP** con la agravante de parentesco del **artículo 23 CP**.

⁸⁷ STS de 26 de diciembre de 2007, núm. 1114/2007 [RJ 2008\1071], Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar.

⁸⁸ STS de 23 de febrero de 2015, núm. 146/2015 [RJ 2015\815], Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Soriano Soriano.

En caso de que el juez apreciara que se dan los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 148, no cabría imponer la agravante de parentesco del artículo 23 CP por prohibición del principio de inherencia recogido en el **artículo 67 CP**, y en consecuencia, la pena sería en su marco abstracto, de 2 a 5 años debiendo concretar el juez la pena concreta en atención a su sana crítica (**art. 66.6º CP**). Cabe mencionar que también son aplicables las agravantes genéricas del **art. 22 CP**, y que, en cuanto a las penas accesorias, serán de aplicación las mismas que para los dos anteriores delitos de los artículos 153 y 147 CP.

4. DELITO DE VIOLENCIA HABITUAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR

4.1. Conducta típica (art. 173.2 CP)

Por último, podría apreciarse un delito de violencia habitual en el ámbito familiar en la actitud de Felipe, lo que nos permitiría apreciar el tipo penal del **artículo 173 apartado 2º**: “2. *El que habitualmente ejerza violencia física o psíquica sobre quien sea o haya sido su cónyuge (..), será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años (..)*”

Es decir, se castiga a través de este tipo penal la violencia física o psíquica que se ejerza habitualmente sobre algunas de las personas que cita el apartado 2º del art. 173 CP. Como ejemplo, la **STS de 26 de junio de 2012**⁸⁹ condenó en su día al acusado por la “*existencia de un comportamiento orientado a la dominación sobre la mujer, traducido en sucesivos actos de violencia sobre las cosas e incluso sobre su persona, en actitudes de desprecio y en imposiciones de control sobre su comportamiento*”.

4.2. Requisitos del tipo penal

A) *Violencia física o psíquica*

No se exige otro resultado que la situación de sometimiento bajo parámetros de indignidad, pues el bien jurídico protegido es aquí, precisamente, la integridad moral, menoscabada ésta por la violencia física o psíquica. “*La física parece exigir un acometimiento sobre el cuerpo de la víctima. Sin que, desde luego, sea necesario un resultado lesivo. Y para la psíquica suele reclamarse una restricción que no la aleje del concepto de violencia y se traduzca en efectos sobre la psique del sujeto pasivo. Al menos en términos de riesgo, si no llega a producir un resultado lesivo para aquélla.*” (STS de 10 de noviembre de 2009⁹⁰).

B) *Habitualidad*

Para acreditar la existencia del delito de violencia habitual del art. **173.2 CP** la **STS de 14 de febrero de 2007**⁹¹ aclara: “*en cuanto a los hechos que deben acreditarse para la aplicación del artículo 173.2.1º del Código Penal, la conducta típica descrita en el mismo viene integrada por una forma de actuar y de comportarse de manera habitual en la que la violencia está constantemente presente, creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Tal forma de actuar se traduce y se manifiesta en distintos actos agresivos, de mayor o menor entidad, pero siempre encuadrados en aquel marco de comportamiento*”.

⁸⁹ STS de 26 de junio de 2012, núm. 526/2012 [RJ2012\7065], Ponente: Excmo Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

⁹⁰ STS de 10 de noviembre de 2009, núm. 477/2009 [RJ 2010\117], Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar.

⁹¹ STS de 14 de febrero de 2007, núm. 105/2007 [RJ 2007\1606], Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

Esta resolución proporciona una primera aproximación a lo que considerará el Tribunal Supremo violencia habitual en el ámbito familiar. Debe constatarse entonces, si está presente de manera habitual y continuada la violencia (no tiene por qué ser física) en la relación entre Felipe y Leticia, con actitudes de desprecio e imposición de control sobre ella.

La autora ACALE SÁNCHEZ⁹² afirma que la diferencia entre este delito de malos tratos y las posibles lesiones (físicas o psíquicas) que se puedan producir como consecuencia de un maltrato habitual, se encuentra no en la mayor o menor gravedad de los actos, sino en la repetición de los mismos en el tiempo, donde la afección al bien jurídico protegido no se reduce a los momentos concretos en los que se producen estas agresiones, sino que se prolonga en el tiempo más allá de ellas mismas. Esta repetición en el tiempo es lo que conformará el término de habitualidad, el cual debemos definir.

También NÚÑEZ CASTAÑO⁹³ en base a Circulares de la Fiscalía General del Estado⁹⁴ y a jurisprudencia del Tribunal Supremo⁹⁵, habla sobre una primera línea jurisprudencial y doctrinal que exigía la constatación de tres o más actos de violencia para la apreciación del tipo penal de maltrato habitual. La exigencia de estos tres actos tenía su razón de ser en la aplicación analógica que se hacía del **artículo 94 CP** referente a la suspensión de penas.

Pero esta constatación es insuficiente para la determinación de habitualidad en tanto que el propio **art. 173** puntualiza en su **apartado 3º** que *“se atenderá al número de actos de violencia que resulten acreditados, así como a la proximidad temporal de los mismos, con independencia de que dicha violencia se haya ejercido sobre la misma o diferentes víctimas de las comprendidas en este artículo, y de que los actos violentos hayan sido o no objeto de enjuiciamiento en procesos anteriores”*. Es por ello que era necesario atender a la situación, el contexto, la persistencia de un clima de hostilidad generado por episodios de violencia reiterados que, aunque sean espaciados en el tiempo, estuvieran presentes de forma latente en todo momento.

Sin embargo, la línea jurisprudencial del Tribunal Supremo ha ido modulándose hasta afirmar en sentencia de **23 de diciembre de 2013**⁹⁶ que *“lo relevante para la subsunción no es tanto el número de actos, en ocasiones difíciles de acreditar, como la creación de un estado permanente de violencia derivado de una pluralidad de actos que, en ocasiones, se materializan en agresiones físicas y en otros en otro tipo de agresiones o en la creación de un estado permanente de violencia que afecta a la estructura básica de la convivencia desde el respeto y la dignidad de la persona”*.

Es decir, el Tribunal Supremo ya no exige un número mínimo de actos violentos para apreciar la habitualidad y poder aplicar el art. 173 CP, sino que se exige más bien, un escenario hostil donde se anula la voluntad, seguridad e independencia de la víctima o víctimas.

En relación con esto, la **STS de 20 de abril de 2015**⁹⁷: *“la jurisprudencia de esta Sala se ha apartado de la que vinculaba la habitualidad con un número de acciones violentas, que por*

⁹² ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, p. 104.

⁹³ NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 150-156.

⁹⁴ Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, de 24 de octubre, sobre Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

⁹⁵ STS de 28 de febrero de 1997 núm. 262/1997 [RJ 1997\1464] , STS de 20 de mayo de 1997 núm.717/1997 [RJ 1997\4261] y STS de 14 de junio de 1997 núm. 917/1997 [RJ 1997\4721].

⁹⁶ STS de 23 de diciembre de 2013, núm. 981/2013 [RJ 2014\258], Ponente: Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta.

⁹⁷ STS de 20 de abril de 2015, núm. 232/2015 [RJ 2015\1541], Ponente: Excma. Sra. Ana María Ferrer García.

establecer un paralelismo con la habitualidad que describe el artículo 94 CP a afectos de sustitución de penas, se fijó en más de dos, es decir, a partir de la tercera acción violenta. Gana terreno y se consolida en la doctrina de esta Sala la línea que considera que lo relevante no es el número de actos violentos o que estos excedan de un mínimo, sino la relación entre autor y víctima, más la frecuencia con que ello ocurre, esto es, la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito autónomo”.

Y STS de 28 de octubre de 2015⁹⁸: *“La habitualidad no es un problema aritmético de número mínimo de comportamientos individualizados que han de sumarse hasta alcanzar una determinada cifra. Menos aún puede exigirse un número concreto de denuncias. Responde más a un clima de dominación o intimidación, de imposición y desprecio sistemático. Lo determinante es crear una atmósfera general de esa naturaleza, que trasluzca un afianzado sentimiento de superioridad y de dominio hacia la víctima, lo que será producto de una reiteración de actos de violencia psíquica o física de diversa entidad, a veces nimia, pero cuya repetición provoca esa situación que permite hablar de habitualidad.”*

En el caso de Felipe y Leticia, nos encontramos con dos agresiones, una sucedida el 13 de marzo y otra el 16 de junio, ambas en 2016. Como hemos dicho el número de actos violentos no es requisito imprescindible para la apreciación de este tipo penal, por lo que el juez deberá examinar si existe efectivamente un clima de dominación o intimidación a través de menosprecios y actos violentos por parte de Felipe hacia su mujer.

4.3. Castigo independiente de las agresiones puntuales

Como se indicó, queda abierta la posibilidad de apreciación de un delito de maltrato habitual. De apreciarse éste por parte del juez, surge la incógnita del destino del resto de agresiones a las que ya me he referido.

En sentencia del Tribunal Supremo de **14 de febrero de 2007**, ya citada, se aclara que el delito de violencia habitual en el ámbito familiar es ajeno a los delitos singularmente cometidos, como pueden ser lesiones, amenazas, vejaciones, etc. Y es que el Tribunal aclara que *“se ha entendido que la habitualidad del artículo 173, si bien puede venir acreditada por las condenas de varios delitos o faltas anteriores, es distinta de aquellos, que constituyen solo una de sus manifestaciones...”*.

También, en **STS de 19 de octubre de 2010⁹⁹** se dice que: *“el Legislador al modificar el art. 173.2 CP ha incluido una cláusula concursal excluyendo la infracción del principio non bis in idem, cuando dice que las penas se impondrán “sin perjuicio de las que pudieran corresponder a los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica”. Esta Sala ha dicho que los concretos actos de violencia sólo tienen el valor de acreditar la actitud del agresor y que la necesidad legal de penar separada y cumulativamente el delito de violencia doméstica habitual y los delitos o faltas en que se hubieran concretado los actos de violencia no suponen una infracción del citado principio. La violencia física o psíquica habitual es algo distinto de los concretos actos de violencia, aisladamente considerados y el bien jurídico protegido es mucho más amplio y relevante que el mero ataque a la integridad”*.

Es por ello que el delito de maltrato habitual podrá ser apreciado o no por el juez, el cual a su vez, podrá juzgar y condenar si procede, el resto de posibles delitos de lesiones ya enumerados (**art. 147.1 CP/ art. 148.4º CP y art. 153.1 CP**).

⁹⁸ STS de 28 de octubre de 2015, núm. 663/2015 [RJ 2015\5182], Ponente: Excmo. Sr. Antonio del Moral García.

⁹⁹ STS de 19 de octubre de 2010, núm. 899/2010 [RJ\2010\8154], Ponente: Excmo Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.

4.4. Penalidad

Este delito acarrea una pena de prisión de 6 meses a 3 años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de tres a cinco años y, en su caso, cuando el juez o tribunal lo estime adecuado al interés del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de uno a cinco años, sin perjuicio de las penas que pudieran corresponder a los delitos en que se hubieran concretado los actos de violencia física o psíquica.

4.4.1. Agravantes

El párrafo segundo de este artículo **173.2 CP** establece una agravante para cuando alguno o algunos de los actos de violencia se perpetren en presencia de menores, o utilizando armas, o tengan lugar en el domicilio común o en el domicilio de la víctima, o se realicen quebrantando una pena de las contempladas en el artículo 48 o una medida cautelar o de seguridad o prohibición de la misma naturaleza. Para nuestro caso, los actos de violencia se han producido en el domicilio común, por lo que entraría en juego esta agravante y la pena de prisión quedaría en 1 año y 9 meses a 3 años.

4.4.2. Atenuantes

No contiene el tipo penal ningún tipo de atenuante para este delito, por lo que deberá acudir al **artículo 21 CP**, sobre las circunstancias que atenúan las penas, y aplicar en su caso las que procedan.

4.4.3. Penas accesorias

Entran en juego las mismas penas accesorias y prohibiciones a las que me referí para el resto de delitos: arts. 57, 56 y 48 (en especial, su apartado 2º).

5. RESPONSABILIDAD CIVIL

En los tres posibles delitos habría lugar a responsabilidad civil en los términos de los **arts. 109, 110, 113 y 116 del CP**. La cantidad a indemnizar se suele calcular por los días de curación (dato que desconocemos) utilizando el baremo fijado por la Dirección General de Seguros¹⁰⁰, el cual actúa como referente en los delitos dolosos (**STS de 20 de febrero de 2013**¹⁰¹). Esta sentencia además, incrementa en un 20% el total indemnizatorio, por tratarse de lesiones dolosas y atendiendo al resultado (secuelas y largo tiempo de curación).

La lesión del **art. 153 CP** será indemnizable más bien como un daño moral; por ello el resarcimiento consistirá en una cantidad a tanto alzado (más bien baja por la poca entidad de las lesiones).

En el caso de la lesión del **art. 147.1 CP**, habría que saber los días de curación así como las posibles secuelas, y acudir a los baremos de la Dirección General de Seguros para calcular la responsabilidad civil; estos baremos son utilizados como referentes para un cálculo orientativo de la misma.

Y finalmente, con el **art. 173.2 CP** sobre el maltrato habitual debe atenderse al daño moral, el cual es difícil de calcular. La responsabilidad civil consistiría aquí también en cantidad alzada que fijaría el juez a su libre arbitrio.

¹⁰⁰ Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre «BOE» núm. 267, de 05/11/2004, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, y Anexo el "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación".

¹⁰¹ STS de 20 de febrero de 2013, núm. 126/2013 [RJ 2013\2025], Ponente: Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer.

6. COMPETENCIA

La instrucción será llevada a cabo por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, por establecerlo así el **artículo 14.5 LECrim**. Para el conocimiento y fallo de estos delitos, cuyas penas de prisión en abstracto no superan los 5 años, será competente el Juzgado correspondiente a la circunscripción del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (**art. 14.3 LECrim**), es decir, el Juzgado de lo Penal de Lugo (**art. 15 bis**: lugar del domicilio de la víctima).

Sobre la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal de Lugo cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Lugo (**art. 82.2º LOPJ**).

VI. CONCLUSIONES FINALES

PRIMERA. Sobre si la **pareja de hecho** formada por Felipe y Leticia ha sido constituida de forma correcta o legal, cabe deducir que esto no ha sido así. La ley aplicable a ambos sería la ley balear, ya que es donde se inscriben como pareja estable y Felipe ostenta dicha vecindad civil. Esta ley prohíbe la constitución de parejas estables entre familiares colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, por lo que si entendemos que Felipe y Leticia lo son, no sería válida su constitución como pareja de hecho.

Por consecuente, quedaría por examinar si el **matrimonio** es nulo por existir uno de los impedimentos que el Código Civil enumera en sus arts. 46 y 47. El artículo 47.2º CC prohíbe contraer matrimonio a los parientes colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, por lo que de ser Leticia y Felipe “tía y sobrino”, el matrimonio celebrado entre ambos podría ser declarado nulo por cualquiera de los sujetos legitimados (art. 74 CC: cónyuges, MF y personas con interés directo y legítimo). Sin embargo, existe la posibilidad de obtener la dispensa recogida en el art. 48 CC, tanto antes como después de la celebración del matrimonio; esta dispensa concedería la validez del matrimonio con efectos retroactivos.

Mientras la nulidad no sea instada por ninguno de los actores posibles y sea decretada por sentencia judicial, el matrimonio continuará con apariencia de validez.

SEGUNDA. En cuanto a la **adopción** de Antonio, el art. 175 CC exige una edad mínima entre adoptante y adoptado de 16 años. Esta diferencia de edad se estableció por la reforma efectuada por la LMSPIA en 2015, la cual no es aplicable al caso porque los trámites de adopción de Antonio se inician en octubre de 2014, cuando todavía no estaba en vigor esta Ley, además de disponer su disp. transitoria 1ª que los expedientes iniciados con anterioridad a su entrada en vigor se regirán por la ley procesal de su momento. En el 2014 la edad mínima que exigía el Código Civil era de 14 años, requisito que no se cumple, ya que entre Felipe y Antonio solo acontecen 13 años de diferencia.

La duda que surge es si al haberse incumplido este requisito, la adopción no sería válida y procedería su revocación. Pero el artículo 180 es claro y taxativo, la adopción es irrevocable salvo en un caso: cuando cualquiera de los progenitores, sin culpa suya, no hubieren intervenido en el expediente y soliciten así su extinción dentro de los dos años siguientes a la adopción. Todo ello, siempre que la extinción solicitada no perjudique gravemente al menor.

TERCERA. El **divorcio** podrá ser solicitado por ambos o a instancia de alguno de los cónyuges (art. 86 CC) siempre que se cumplan los requisitos del art. 81 CC habiendo durado el matrimonio al menos 3 meses. Aunque aparentemente el matrimonio fuera nulo, mientras la nulidad no sea instada y decretada posteriormente por sentencia judicial, el matrimonio con apariencia de validez podrá disolverse por divorcio. En el caso de que fuera Leticia la que solicitara el divorcio, Felipe podría plantear una reconvenición alegando dos posibles causas de nulidad matrimonial: una, por haber matrimonio contraído por coacción (art. 73.5ºCC) y dos, por la relación de parentesco entre ambos, impedimento del art. 47.2º CC (art. 73.2º).

Con independencia de que se decrete la nulidad, separación o divorcio de ambos cónyuges, los menores tienen derecho a recibir una pensión de **alimentos**. El art. 92 CC es claro: ninguna situación de crisis matrimonial exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Los alimentos podrán establecerse por convenio regulador presentado por ambos cónyuges y aprobado por el juez (art. 90.1d CC) o por sentencia judicial (art. 91 y 93 CC). La cuantía de la pensión de alimentos estará condicionada por el régimen de guarda y custodia decretado; de concederse la guarda y custodia compartida, los gastos de subsistencia y los de escasa relevancia serán asumidos por el progenitor que en ese momento tenga a los menores en su compañía, los demás gastos y los extraordinarios, serán asumidos por mitades; en el caso de concederse la guarda y custodia exclusiva en favor de uno de los progenitores, deberá tenerse en cuenta la especial aportación que éste hace a través de la atención a los menores. Sin embargo, para el caso de Leticia y Felipe, no se cumplen las exigencias acordadas por el Tribunal Supremo a través de su jurisprudencia, además de prohibir el art. 92.7 CC conceder este régimen cuando exista causa penal abierta o indicios de violencia doméstica. Una vez determinado el régimen de guarda y custodia, la cuantía de la pensión de alimentos será acordada en proporción a los ingresos de los progenitores y a las necesidades de los alimentistas.

CUARTA. La **vivienda** situada en Lugo fue donada a Felipe por su madre por razón de su futuro matrimonio; esta vivienda constituye entonces un bien privativo de Felipe. Sin embargo, resulta relevante el carácter o condición de familiar que posee la vivienda, ya que es en ella donde la familia ha convivido como tal con una voluntad de permanencia. Esto conlleva la aplicación del art. 96 CC que establece la atribución del uso de la vivienda familiar en favor de los hijos y el cónyuge en cuya compañía queden sin limitación temporal alguna (cuando hablamos de hijos menores), en caso de custodia compartida, se aplicará el apartado 2º con la posible limitación temporal del apartado 3º del mismo artículo.

Debido a la rigidez de esta norma, el Tribunal Supremo ha definido dos factores que eliminarán el rigor del art. 96 CC para impedir así situaciones de abuso de derecho: uno, el carácter no familiar de la vivienda por no servir ésta a los fines del matrimonio por incumplimiento de los cónyuges y dos, que exista una vivienda alternativa idónea para satisfacer las necesidades de los menores. Estos dos factores no parecen estar presentes en el caso de Leticia y Felipe.

En el caso de incoarse procedimiento penal contra Felipe por presuntos malos tratos, la LOVG y la LECrim reconocen diferentes medidas de carácter penal y civil. Una de las garantías civiles será precisamente, la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar en favor de la víctima.

QUINTA. Sobre los hechos que nos relata el caso cabe apreciar varios **tipos penales**. En primer lugar, un delito de malos tratos del art. 153.1º CP por el hecho ocurrido el 13 de marzo de 2016. Este delito exige que se aprecien tres requisitos: uno, la relación afectiva entre el agresor y la víctima, dos, el acto de agresión y tres, la situación de dominio del hombre sobre la mujer; de confirmarse estos tres requisitos, sería aplicable la pena impuesta por este delito con la agravante recogida en el apartado 3º por perpetrarse la agresión en el domicilio común.

En segundo lugar, sobre el hecho ocurrido el 16 de junio de 2016, es posible apreciar por un lado, el delito de lesiones del art. 147 CP, y por otro, el delito de lesiones agravadas del art. 148.4º CP. La posible aplicación del art. 147 CP está bastante clara, ya que se cumplen todos los requisitos: resultado lesivo con tratamiento médico (el collarín es considerado por la jurisprudencia como tratamiento médico), el animus laedendi (dolo) y el nexo de causalidad entre el comportamiento del actor y el resultado producido. Sin embargo, el art. 148 CP presenta más dificultades para su apreciación, ya que habría que atender a la gravedad del riesgo causado o del resultado producido, algo que parece que no se da en esta agresión.

Y, por último, en relación a la vida cotidiana de la pareja podría apreciarse un delito de violencia habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 CP. Este delito tiene un bien jurídico distinto a los anteriores, en este caso no se protege la integridad física (más bien, la salud) sino la integridad

moral, y será aplicable cuando exista una violencia física o psíquica de manera habitual. Para atender a la habitualidad habrá que seguir los parámetros fijados por la jurisprudencia, no siendo relevante el número de actos sino más bien, el clima de hostilidad, dominación o intimidación del agresor sobre la víctima.

BIBLIOGRAFÍA

Bibliografía citada:

ACALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

ALBÁCAR LÓPEZ, J.L. y MARTÍN GRANIZO, M.: *Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Ed. Trivium S.A, 1991, Madrid.

CRUZ GALLARDO, B.: *La guarda y custodia de los hijos en las crisis matrimoniales*, Ed. La Ley, Madrid, 2012.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES, A.S.: *Las donaciones por razón de matrimonio en el Código Civil*, Ed. Comares, Granada, 2006.

NÚÑEZ CASTAÑO, E.: *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

PANIZA FULLANA, A.: “Custodia compartida y atribución del uso de la vivienda familiar”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm. 10/2015 Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

SALAZAR BORT, S.: *La atribución del uso de la vivienda familiar en las crisis matrimoniales*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2001.

SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN ESCORIAZA, J. Y MOYA CASTILLA, J.M.: *Violencia de género, Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Ed. Ediciones Experiencia, Barcelona, 2005, p. 87.

SERRANO GARCÍA, I.: *Comentario del Código Civil (Ministerio de Justicia)*, Tomo I, Ed: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

SILLERO CROVETTO, B.: *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Ed. Juruá, Lisboa, 2014.

Otras obras consultadas:

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE ABOGADOS DE FAMILIA: *El derecho de familia. Novedades en dos perspectivas*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 159-169.

BENITO DE LOS MOZOS, A.I.: “Art.1 Objeto de la ley” y “Art. 2 Principios rectores” en AAVV, *Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Ed. Iustel, Madrid, 2005, pp. 39-49.

COSTAS RODAL, L.: “Limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar y custodia compartida en la reciente jurisprudencia del TS”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* núm.11/2016, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 4-6.

DÍEZ PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Instituciones de Derecho Civil*, Volumen II/2, Ed. Tecnos S.A, Madrid, 1998, p. 116.

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

STS de 12 de septiembre de 2005, núm. 611/2005 [RJ 2005\7148], Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STS de 22 de febrero de 2006, núm. 160/2006 [RJ 2006\831], Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STS de 19 de octubre de 2006, núm. 1048/2006 [RJ 2006\8976] Ponente: Excmo. Sr. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

STS de 27 de marzo de 2008, núm. 240/2008 [RJ 2008\4062] Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

STS de 6 de octubre de 2011, núm. 690/2011 [RJ 2011\6708], Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

SAP de Islas Baleares de 23 de abril de 2015, núm. 141/2015 [JUR 2015\131093], Ponente: Ilmo. Sr. D Alvaro Latorre López.

SAP de Barcelona de 14 de febrero de 2001 [AC\2002\405], Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio López-Carrasco Morales.

Auto AP de Barcelona de 13 de octubre de 2004, núm. 149/2004 [JUR 2004\303486], Ponente: Ilma. Sra. Marta Font Marquina.

STS de 29 de abril de 2013, núm. 257/2013 [RJ\2013\3269], Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana.

STS de 19 de julio de 2013, núm. 495/2013 [RJ 2013\5002], Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

STS de 2 de julio de 2014, núm. 368/2014 [RJ\2014\4250], Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana.

STS de 7 de marzo de 2017, núm. 155/2017 [RJ\2017\705], Ponente: Excmo Sr. Antonio Salas Cancellor.

STS de 17 de enero de 2017, núm. 23/2017 [RJ 2017\352], Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

STS de 12 de abril de 2016, núm. 242/2016 [RJ 2016\1336], Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

STS de 3 de marzo de 2016, núm. 130/2016 [RJ\2016\2184], Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana.

STS de 11 de febrero de 2016, núm. 55/2016 [RJ 2016\249], Ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier Arroyo Fiestas.

STC de 15 de enero de 2001, núm. 4/2001 [RTC 2001\4], Ponente: Don Tomás S. Vives Antón.

SAP de Madrid de 20 de enero de 2016 núm. 49/2016 [AC 2016\120], Ponente: Ilmo. Sr. D María del Pilar González Vicente.

STS de 9 de mayo de 2012, núm. 284/2012 [RJ\2012\5137], Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

STS de 31 de diciembre de 1994, núm. 1199/1994 [RJ\1994\10330], Ponente: Excmo Sr. Jesús Marina Martínez-Pardo.

STS de 31 de mayo de 2012, núm. 340/2012 [RJ\2012\6550], Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

STS de 17 de octubre de 2013, núm. 622/2013 [RJ\2013\7255], Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

STS de 14 de abril de 2011, núm. 236/2011 [RJ\2011\3590], Ponente: Excma. Sra. Encarnación Roca Trías.

STS de 28 de noviembre de 2014, núm. 660/2014 [RJ 2014\6048], Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

STS de 29 de mayo de 2014, núm. 301/2014 [RJ\2014\3889], Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana.

STS de 3 de abril de 2014, núm. 181/2014 [RJ\2014\1950], Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana.

STS de 17 de junio de 2013, núm. 426/2013 [RJ\2013\4375], Ponente: Excmo Sr. José Antonio Seijas Quintana.

STS de 24 de octubre de 2014, núm. 593/2014 [RJ\2014\5180], Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

STS de 6 de abril de 2016, núm. 215/2016 [RJ\2016\1321], Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Baena Ruiz.

STS de 14 de marzo de 2017, núm. 183/2017 [RJ\2017\878], Ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

STS de 13 de septiembre de 2006 núm. 894/2006 [RJ 2007\294], Ponente: Excmo. Sr. Luis Román Puerta Luis.

STS de 6 de julio de 1998, núm. 914/1998 [RJ 1998\5856], Ponente: Excmo. Sr. Roberto García-Calvo y Montiel.

STS de 25 de enero de 2008, núm. 58/2008 [RJ\2008\1563], Ponente: Excmo Sr. Julián Sánchez Melgar.

SAP de A Coruña de 28 de octubre de 2014, núm. 595/2014 [JUR 2015\45184], Ponente: Illmo. Sr. D Angel María Judel Prieto.

STS de 8 de octubre de 1999, núm. 1427/1999 [RJ 1999\8117], Ponente: Excmo. Sr. José Augusto de Vega Ruiz.

STS de 26 de septiembre de 2012, núm. 684/2012 [RJ 2012\9452], Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Soriano Soriano.

STS de 4 de noviembre de 2008, núm. 724/2008 [RJ 2009\423], Ponente: Excmo. Sr. Manuel Marchena Gómez.

STS de 9 de julio de 2014, núm. 546/2014 [RJ\2014\3545], Ponente: Excmo Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

STS de 31 de marzo de 2003, núm. 479/2003 [RJ 2003\4070], Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

STS de 17 de octubre de 2012, núm. 776/2012 [RJ 2012\10552], Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.

STS de 22 de marzo de 2002, núm. 523/2002 [RJ 2002\4479], Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz.

STS de 20 de octubre de 1983 [RJ 1983\4767], Ponente: Excmo. Sr. Juan Latour Brotons.

STS de 20 de noviembre de 1991 [RJ 1991\8336], Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz.

STS de 5 de marzo de 1993, núm. 510/1993 [RJ 1993\1844], Ponente: Excmo. Sr. José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez.

STS de 7 de febrero de 2013, núm. 61/2013 [RJ 2013\8381], Ponente: Excmo. Sr. Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre.

STS de 9 de marzo de 2016, núm. 196/2016 [RJ 2016\1080], Ponente: Excmo. Sr. Alberto Jorge Barreiro.

STS de 30 de septiembre de 1991 [RJ 1991\6645], Ponente: Excmo. Sr. Enrique Bacigalupo Zapater.

STS de 2 de octubre de 1991 [RJ 1991\6881], Ponente: Excmo. Sr. Fernando Díaz Palos.

STS de 18 de diciembre de 1991 [RJ 1991\9537], Ponente: Excmo. Sr. Eduardo Móner Muñoz.

STS de 19 de junio de 2012, núm. 539/2012 [RJ\2012\9053], Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar.

STC de 22 de julio de 2010, núm. 41/2010 [RTC\2010\41], Ponente: Don Francisco Javier Delgado Barrio.

STC de 4 de octubre de 2010, núm. 52/2010 [RTC\2010\52], Ponente: Doña María Emilia Casas Baamonde.

STS de 26 de diciembre de 2007, núm. 1114/2007 [RJ 2008\1071], Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar.

STS de 23 de febrero de 2015, núm. 146/2015 [RJ 2015\815], Ponente: Excmo. Sr. José Ramón Soriano Soriano.

STS de 26 de junio de 2012, núm. 526/2012 [RJ\2012\7065], Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

STS de 10 de noviembre de 2009, núm. 477/2009 [RJ 2010\117], Ponente: Excmo. Sr. Julián Sánchez Melgar.

STS de 14 de febrero de 2007, núm. 105/2007 [RJ 2007\1606], Ponente: Excmo. Sr. Miguel Colmenero Menéndez de Lurca.

STS de 28 de febrero de 1997 núm. 262/1997 [RJ 1997\1464], STS de 20 de mayo de 1997 núm. 717/1997 [RJ 1997\4261] y STS de 14 de junio de 1997 núm. 917/1997 [RJ 1997\4721].

STS de 23 de diciembre de 2013, núm. 981/2013 [RJ 2014\258], Ponente: Excmo. Sr. Andrés Martínez Arrieta.

STS de 20 de abril de 2015, núm. 232/2015 [RJ 2015\1541], Ponente: Excma. Sra. Ana María Ferrer García.

STS de 28 de octubre de 2015, núm. 663/2015 [RJ 2015\5182], Ponente: Excmo. Sr. Antonio del Moral García.

STS de 19 de octubre de 2010, núm. 899/2010 [RJ\2010\8154], Ponente: Excmo. Sr. Diego Antonio Ramos Gancedo.

STS de 20 de febrero de 2013, núm. 126/2013 [RJ 2013\2025], Ponente: Excmo. Sr. Francisco Monterde Ferrer.

LEGISLACIÓN

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de Illes Balears.

Decreto 112/2002, de 30 de agosto, mediante el cual se crea un Registro de Parejas Estables de las Illes Balears y se regula su organización y gestión.

Reglamento (UE) 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Decisión (UE) 2016/954 del Consejo, de 9 de junio de 2016, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones relativas a los regímenes económicos de las parejas internacionales, tanto en materia de regímenes económicos matrimoniales como de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978.

Ley Orgánica 8/2015 de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.

Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

Real Decreto 1618/2007, de 7 de diciembre, sobre organización y funcionamiento del Fondo de Garantía del Pago de Alimentos.

Real decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1998, de 24 de octubre, sobre Intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de los malos tratos en el ámbito doméstico y familiar.

Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, y Anexo el "Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación".